



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

---

**“EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE  
LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO”**

---

Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de Abogado de los Juzgados  
y Tribunales de la República del Ecuador

**Portada**

**AUTOR:**

**DIEGO PAÚL SANTAMARÍA ALTAMIRANO**

**TUTOR:**

Abg. Mg. Ramiro Tite

Ambato-Ecuador

2019

**TEMA:**

---

**“EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE  
LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO”**

---

## **CERTIFICACION DEL TUTOR**

El Suscrito, CERTIFICA:

Que el señor DIEGO PAÚL SANTAMARÍA ALTAMIRANO, portador de la CC.-1804162079, habilitado para obtener el Título de Tercer Nivel: ha concluido su Trabajo de Titulación, Modalidad Proyecto de Investigación: sobre el tema: “EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO”, previo a la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador; por lo que en calidad de Tutor del Trabajo de Titulación, certifico de la autenticidad del mencionado Trabajo, y de haberle orientado durante todo el proceso.

Ambato, 2 de septiembre de 2019

LO CERTIFICO



.....  
Abg. Mg. Ramiro Tite

Tutor del Trabajo de Titulación

## **AUTORIA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Los criterios emitidos en el trabajo de investigación “EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO”, como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuestas son de responsabilidad del autor.

Ambato, 2 de septiembre de 2019

### **EL AUTOR**



.....  
**DIEGO PAÚL SANTAMARÍA ALTAMIRANO**

**C.I. 1804162079**

## **APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO**

Los miembros del Tribunal de Grado APRUEBAN el Trabajo de Investigación sobre el tema: “EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO” presentado por el Sr. DIEGO PAÚL SANTAMARÍA ALTAMIRANO, de conformidad con el Reglamento de Graduación para obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la Universidad Técnica de Ambato.

Ambato, .....de 20

Para constancia firman:

.....  
Presidente

.....  
Miembro

.....  
Miembro

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo lo dedico en primer lugar a Dios, por ser la fuente de vida y por darme la fuerza para continuar en este proceso de obtener uno de mis anhelos más deseados.

A mis padres por su amor, trabajo y sacrificio en cada etapa de mi vida por confiar y creer en mí, gracias a ustedes he logrado llegar hasta aquí.

A mi hermano por su ejemplo, apoyo y compañía que siempre tuvo hacia mí desde niño.

A todas las personas que compartieron su conocimiento y que nunca me cerraron las puertas para que este trabajo se realice con éxito.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por darme la vida y bendecirme desde antes que mis ojos vieran la luz por guiarme a la perfección en cada momento y por levantarme cuando estaba caído. Gracias a mis padres: Luis Santamaría e Inés Altamirano por ser los principales promotores de mis sueños, por no decaer en los momentos difíciles y creer en mí.

Finalmente dejo constancia grata e imperecedera a mi querida Universidad Técnica de Ambato y al personal de los distintos departamentos por haber compartido sus conocimientos a lo largo de la preparación de mi profesión, de manera especial al Abogado Ramiro Tite tutor de mi proyecto de investigación quien me ha guiado con sabiduría y paciencia para alcanzar con feliz término este proyecto.

## ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

### A. PÁGINAS PRELIMINARES

Portada.....	i
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
AUTORIA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN .....	iv
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO .....	v
DEDICATORIA .....	vi
AGRADECIMIENTO .....	vii
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS.....	viii
ÍNDICE CUADROS .....	xi
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	xi
RESUMEN EJECUTIVO .....	xii
ABSTRACT.....	xiv

### CAPÍTULO I

#### MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes Investigativos.....	1
1.1.1. PODER PUNITIVO DEL ESTADO .....	1
1.1.1.1. Poder Punitivo.....	1
1.1.1.2. Poder Punitivo del Estado.....	1
1.1.2. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA .....	3
1.1.2.1. Principio de Proporcionalidad .....	3
1.1.2.2. Origen del principio de Proporcionalidad de la Pena .....	5
1.1.2.3. Concepciones del principio de Proporcionalidad de la Pena.....	6
1.1.2.4. Caracterización del Principio de Proporcionalidad de la Pena .....	7
1.1.3. PECULADO .....	9
1.1.3.1. Historia del Peculado en el Ecuador .....	9



1.1.3.2.	El Delito de Peculado. ....	13
1.1.3.3.	Tipos de Peculado .....	16
1.1.3.4.	Elementos del Tipo Penal del Peculado.....	21
1.1.3.5.	Elemento Objetivo .....	22
1.1.3.6.	El bien jurídico protegido .....	23
1.1.3.7.	Sujeto Activo y Sujeto Pasivo .....	23
1.1.3.8.	Elemento Subjetivo.....	27
1.1.3.9.	Tipicidad .....	27
1.1.3.10.	Antijuridicidad .....	28
1.1.3.11.	Culpabilidad.....	29
1.1.3.12.	Determinación de la Pena. ....	30
1.1.3.13.	Informes emitidos por la Contraloría General del Estado .....	31
1.1.4.	Análisis de la Proporcionalidad de la Pena en Delitos de Peculado .....	41
1.1.5.	Análisis de la Proporcionalidad como base del incremento de la pena en Delitos de Peculado.....	414
1.2.	Objetivos.....	45
	Objetivo General. ....	45
	Objetivos Específicos.....	45

## CAPÍTULO II

### METODOLOGÍA

2.1.	Materiales .....	46
2.2.	Métodos.....	46
	Enfoque de la Investigación. ....	46
	Modalidades básicas de la investigación .....	46
	Nivel o tipo de Investigación .....	47
	Investigación Descriptiva.....	47
	Población y muestra .....	47

Técnicas e instrumentos .....	48
Encuesta .....	48

### CAPÍTULO III

#### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis y discusión de los resultados .....	50
3.2. Verificación de la hipótesis .....	62

### CAPÍTULO IV

#### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones .....	65
4.2. Recomendaciones.....	66
Bibliografía .....	67
Anexos .....	70

## ÍNDICE CUADROS

Cuadro N° 1. Pregunta 1. ....	54
Cuadro N° 2. Pregunta 2. ....	55
Cuadro N° 3. Pregunta 3. ....	56
Cuadro N° 4. Pregunta 4. ....	57
Cuadro N° 5. Pregunta 5. ....	58
Cuadro N° 6. Pregunta 6. ....	59
Cuadro N° 7. Pregunta 7. ....	60
Cuadro N° 8. Pregunta 8. ....	61
Cuadro N° 9. Frecuencias observadas y esperadas. ....	64
Cuadro N° 10. Cálculo Chi Cuadrado.....	64

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Estadísticas de Fiscalía General del Estado sobre casos de peculado .....	32
Gráfico 2. Casos emitidos por Contraloría general del Estado periodo 2009-2014... 33	33
Gráfico 3. Informes de la Contraloría General del estado periodo 2005-2017..... 34	34
Gráfico 4. Delitos vinculados a peculado 2016-2018..... 35	35
Gráfico 5. Pregunta 1. ....	54
Gráfico 6. Pregunta 2. ....	55
Gráfico 7. Pregunta 3. ....	56
Gráfico 8. Pregunta 4. ....	57
Gráfico 9. Pregunta 5. ....	58
Gráfico 10. Pregunta 6. ....	59
Gráfico 11. Pregunta 7. ....	60
Gráfico 12. Pregunta 8. ....	61

## RESUMEN EJECUTIVO

TEMA: EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO.

El Poder Punitivo del Estado o *Ius Puniendi* “consiste en la facultad sancionatoria de que dispone para imponer una pena a quien ha infringido una norma jurídica. Ello representa una emanación de su soberanía, y no un mero derecho subjetivo de punir”. (Gonzalez, 2014).

Esta potestad que tiene un Estado para imponer las sanciones que le corresponde a cada uno de los delitos, le permite primeramente realizar un estudio minucioso de la ley para establecer penas acordes a la gravedad de cada delito, es por esta razón que las personas encargadas de hacer las leyes, debe ser gente con la suficiente preparación, con el conocimiento necesario, para tratar de no cometer errores.

La proporcionalidad de la pena, no es otra cosa que esperar que tanto de las autoridades como quienes elaboran la Constitución y las diferentes leyes de un Estado, lo hagan teniendo en cuenta esto, precisamente para no sancionar con penas drásticas delitos menores y en cambio a delitos mayores imponer sanciones bajas.

El tratadista argentino Eugeni Zaffaroni, manifiesta sobre la proporcionalidad: “El principio de racionalidad puede asimilárselo al de proporcionalidad punitiva puesto que, éste se considera menoscabado al momento de imputar penas que no resultan ser acordes al injusto ocasionado con la comisión de un delito, lo cual debe ser inexorablemente considerado a fin de no lesionar además el principio de humanidad mediante la imputación de penas irracionales”. (Zaffaroni E. , Derecho Penal, Parte General, 2005, pág. 325).

Es necesario que en el Ecuador el delito de peculado tenga una sanción de acuerdo a la gravedad del delito, porque el perjuicio que se causa es al erario nacional, que afecta a todos los ecuatorianos. Debiendo a las personas sentenciadas por el delito de peculado aplicarse penas ejemplares, para que a nadie más se le ocurra cometer este

delito, que como se ha visto en los últimos años los escándalos han sido a nivel de los países de América del Sur y América Central, afectando a sus economías gravemente, porque de acuerdo a las investigaciones realizadas son por altas cantidades económicas el perjuicio ocasionado.

El Estado ecuatoriano tiene la obligación de blindarse para prevenir el delito de peculado, o por lo menos que las personas piensen dos veces antes de hacerlo, porque van a saber que las penas que se les va a imponer son severas, para resguardar la economía del Estado y de esta manera establecer penas proporcionales para cada delito que afecta a la eficiente administración pública.

Los doctrinarios Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en su libro Derecho penal del enemigo, sostienen que: "...también existen procesos de criminalización "a la antigua usanza", es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas, o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes". (Jakobs & Cancio Meliá, 2003)

**PALABRAS CLAVES:** Delito, Estado, peculado, poder punitivo, proporcionalidad.

## ABSTRACT

SUBJECT: THE PUNITIVE POWER OF THE STATE AND THE PROPORTIONALITY OF THE PENALTY FOR PECULATION.

The Punitive Power of the State or *Ius Puniendi* "consists of the sanctioning power it has to impose a penalty on anyone who has infringed a legal norm. This represents an emanation of its sovereignty, and not a mere subjective right to punish". (Gonzalez, 2014).

This power that a State has to impose the sanctions that correspond to each one of the crimes, allows it first of all to carry out a thorough study of the law to establish penalties according to the gravity of each crime; it is for this reason that the people in charge of making the laws must be people with sufficient preparation, with the necessary knowledge, to try not to make mistakes.

The proportionality of the penalty is nothing other than to hope that both the authorities and those who draft the Constitution and the different laws of a State do so with this in mind, precisely so as not to punish drastic minor crimes with drastic penalties and instead impose low penalties for major crimes.

The Argentine writer Eugeni Zaffaroni states about proportionality: "The principle of rationality can be assimilated to the principle of punitive proportionality since it is considered undermined at the moment of imposing penalties that are not in accordance with the unfairness caused by the commission of a crime, which must be inexorably considered in order not to further injure the principle of humanity through the imputation of irrational penalties. (Zaffaroni E., *Criminal Law, General Part*, 2005, p. 325).

In Ecuador, the offence of graft must be punished according to the gravity of the offence, because the damage caused is to the national treasury, which affects all Ecuadorians. As has been seen in recent years, the scandals have been at the level of the countries of South and Central America, seriously affecting their economies

because, according to the investigations carried out, the damage caused is several million dollars.

The Ecuadorian State has the obligation to arm itself to prevent the crime of graft, or at least that people think twice before doing so, because they will know that the penalties that are going to be imposed are severe, to protect the economy of the State and thus establish proportional penalties for each crime that affects the efficient public administration.

The doctrinarians Günther Jakobs and Manuel Cancio Meliá, in their book *Criminal Law of the Enemy*, maintain that: "...there also exist processes of criminalization "the old way", that is to say, the introduction of new penal norms with the intention of promoting its effective application with any decision, proceedings leading to new criminal rules that are applied, or to the stiffening of penalties to existing rules". (Jakobs & Cancio Meliá, 2003)

**KEY WORDS:** Crime, State, peculation, punitive power, proportionality.

## **CAPÍTULO I**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **1.1. Antecedentes Investigativos**

Una vez revisados los archivos de varias universidades de Educación Superior se encontraron algunos trabajos referentes al problema de investigación, así se puede mencionar el trabajo del programa de Maestría en Derecho Procesal, de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, siendo el autor el señor César Bayardo Paredes Escobar (2009) con el tema: “El delito de peculado en el Ecuador”, quien llega a las siguientes conclusiones:

1. El delito de peculado es aquel que entraña y ataca a la esencia misma del Estado, apropiándose de los fondos dedicados a la protección del individuo, de toda la sociedad, sustraer los dineros públicos implica atentar contra la salud, la educación, el desarrollo de todos los valores que sustentan la dignidad del hombre.
2. Analizar el delito de peculado, ha resultado por si solo un tema difícil, el cual atenta a la seguridad jurídica con este tipo de infracciones, los efectos sociales que causa en la sociedad, como el denominado feriado bancario.
3. Si comprendemos que el término peculado, en nuestra legislación penal engloba tanto la acción, como la omisión, que ellas son formas de manifestación de la voluntad, que origina un resultado, sin embargo, está prohibida la interpretación analógica en materia penal, como podemos trasladar la omisión al peculado si este es un delito propio, al hablar de esta sería culposos, llegando a una sanción administrativa según lo planteado en este estudio”.

El autor Sierra Andrade Byron Mauricio (2015). En el repositorio digital, de la Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, Carrera de Derecho, realiza su trabajo de investigación sobre un tema muy interesante: “La determinación legislativa de la pena del delito de peculado frente al principio de proporcionalidad penal”, y al finalizar su trabajo investigativo, obtiene como conclusiones las siguientes:



- a) La primera conclusión al que se arribó en este trabajo investigativo fue que el peculado como instituto jurídico parte del derecho penal tiene una larga historia pues su origen se encuentra en las civilizaciones de oriente medio y su perfección se logró en la Roma de la edad antigua, desde ahí hasta la actualidad este precepto legal ha sufrido un sinnúmero de cambios que han evolucionado su forma de aplicación como norma que busca regular los abusos de los administradores del estado para con el erario nacional de cada país.
- b) Al analizar el tipo penal del peculado se advirtió que es un instituto muy complejo y que tiene muchas conceptualizaciones debido a que varios autores han estudiado y analizado esta actuación ilícita, sin embargo, se concluye que siempre guardo en la redacción de las normas de otra legislación una relación equilibrada con el principio de proporcionalidad penal.
- c) Al igual que el peculado el principio de proporcionalidad de la pena tiene una larga historia dentro del estudio doctrinario jurídico y aunque estos dos institutos son muy diferentes los dos se relacionan en la medida que el principio de proporcionalidad penal se aplica a todo instituto jurídico penal para evitar su abuso y el posible desequilibrio de la administración de justicia y por ende proponga una inseguridad en el sistema por parte de la ciudadanía”.

## **1.1.1. PODER PUNITIVO DEL ESTADO**

### **1.1.1.1. Poder Punitivo**

Todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente. (Zaffaroni E. , 2011, pág. 16)

### **1.1.1.2. Poder Punitivo del Estado**

Mir Puig señala que:

“Se trata de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano”. (Mir Puig, 2003).

El poder punitivo constituye uno de los capitales del campo jurídico, en donde el Estado, a través de distintos agentes, tendrá el monopolio de esta violencia legítima, que se estructura tanto por las reglas del campo como por el sistema de principios de visión y división que se establecen en las leyes fundamentales comúnmente llamadas constituciones. (Bourdieu; 2000: 182).

Sobre las condiciones objetivas de la punibilidad, uno de los grandes maestros en materia penal, Giuseppe Maggiore, en su obra Derecho penal, formula una serie de consecuencias sobre éstas y dice que son:

1. Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas no resolutivas.
2. La condición de punibilidad supone el delito completo en todos sus elementos esenciales; si alguno de estos falta, no habrá delito, aunque la condición se verifique.
3. Si no verifica la condición de punibilidad el delito no es punible, ni siquiera como intento; también la tentativa supone la verificación de la condición.
4. No es punible la participación o el favorecimiento de un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado.
5. El momento consumativo del delito condicional coincide con la consumación efectiva, sino la realización de la condición; por eso la prescripción empieza a contarse desde ese momento. (Cruz y Cruz, 2011)

Según el doctrinario y estudioso Carlos Binding, refiriéndose al derecho penal subjetivo, es el que ha establecido un concepto que se puede decir más claro, preciso, sobre este tema, así: “El derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de reglas o normas que definen los delitos y establecen las penas; en sentido subjetivo es la facultad de castigar: el ius puniendi”. (Jiménez de Asúa, 2003)

Como se puede observar para este autor el poder punitivo del estado en sentido objetivo tiene que ver con las normas establecidas para definir los delitos, así como también para establecer las penas.

Mientras tanto que, en un sentido subjetivo, el poder punitivo se refiere a la facultad de castigar, de imponer la sanción al delito, para que éste no quede como una norma

en blanco, donde solo exista el concepto del delito y no se imponga una pena al mismo dentro de esa norma.

El profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires E. Raúl Zaffaroní, sobre el poder punitivo del Estado, en el libro denominado Homenaje al Doctor Jorge E. Zavala Baquerizo, en su intervención lo hace con el tema “Descolonización y Poder Punitivo”, donde manifiesta lo siguiente:

“...En Tanto que la dogmática jurídico-penal es un proyecto técnico de política judicial, es decir, de la operatividad de un sector del sistema penal, la política criminal abarca el total sentido del ejercicio del poder de ese aparato y, por ende, la implica. A su vez, el ejercicio de poder del sistema penal forma parte de la totalidad de la política o ejercicio del poder del estado”. (Zaffaroni R. , 2014)

## **5.1.1. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

### **5.1.1.1. Principio de Proporcionalidad**

Dentro de los diez principios fundamentales de la pena como el de la legalidad, responsabilidad penal, lesividad, fragmentariedad, subsidiaridad, prohibición de la analogía, humanidad de la pena, indubio pro reo, se encuentra el principio de proporcionalidad de la pena, y que se refiere a la siguiente situación:

Este principio señala que entre el delito cometido y la pena impuesta debe de existir una proporción. El Juez no puede incrementar o imponer la magnitud de una pena que no esté establecido para tal delito en la ley. Así mismo, este principio implica que, se debe imponer una pena proporcional de acuerdo al daño ocasionado al bien jurídico, así mismo el infractor a una ley penal debe responder de acuerdo a la trascendencia del bien jurídico lesionado y no de acuerdo a la pena desproporcional fijado en el tipo penal que no justifica una lesión al bien jurídico de manera proporcional, por lo que el Juez debe disminuir la pena prudencialmente cuando así

amerite la comisión de un hecho o incrementarlo cuando el sujeto es reincidente o habitual, bajo los siguientes supuestos:

- 1) A mayor sanción punitiva, mayor valor del bien jurídico.
  - 2) A menor sanción punitiva, menor valor del bien jurídico.
  - 3) A mayor sanción penal, las conductas son más reprochables y,
  - 4) A menor sanción penal, las conductas son menos reprochables.
- (Rojas, 2016)

El principio de proporcionalidad se fundamenta en el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, que determina: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (2008).

El principio de proporcionalidad reconoce la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. (García Falconí, 2012)

El tratadista Miguel Carbonell, con respecto al principio de proporcionalidad sustenta que:

El principio de proporcionalidad punitiva juega un papel trascendental en el Estado puesto que, tras considerarlo a éste como policía, la aplicación de aquel principio como garantía del debido proceso permitirá alcanzar el objetivo propuesto por dicha concepción como lo es evitar todo tipo de arbitrariedades por parte de la autoridad. (Carbonell, 2007)

De acuerdo a la interpretación del autor Miguel Carbonell dicho principio como garantía del debido proceso admite que no se cometan arbitrariedades al momento de

interponer una pena por el cometimiento de un delito, lo cual se concluye que, dentro del sistema penal, el principio de proporcionalidad es trascendental en la medida que representa un equilibrio en las relaciones conflictivas existentes en la administración de justicia.

Santiago Mir Puig, sostiene que: “La idea de proporcionalidad no solo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas y el principio de culpabilidad”. (Mir Puig, 2003, pág. 220)

En el libro el principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora en ex ante de las Leyes en Colombia, sobre el principio de proporcionalidad el profesor Markus González, lo define así: “El principio de proporcionalidad constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto a otras técnicas ha venido a compensar parcialmente las insuficiencias que los métodos de interpretación clásicos plantean en el ámbito constitucional”. (Rodríguez Martínez, 2017)

Respecto al principio de proporcionalidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2007)

#### **5.1.1.2. Origen del principio de Proporcionalidad de la Pena**

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, por cuanto, en la obra de Platón, “Las Leyes”, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito.

El principio de proporcionalidad, nos sirve de base, para generar una reflexión sobre la idea del castigo, dejando de lado las ideas de venganza, ya que esta es una de las razones por la cual, aún hoy, la institución de la pena pública, sigue manteniendo arraigado la idea de una pena retributiva, ya que se sigue explicando convincentemente, que el principio de retribución dentro de las funciones de la pena, es necesario, ante un mal como es el delito, configurándose como el alma de la pena, concepto que no es aplicable, dentro de una sociedad, que ha sufrido varios procesos globalizantes, y que se ha ido fortaleciendo, en el desarrollo, de su cultura. (Cornejo Aguiar, 2016)

### **5.1.1.3. Concepciones del principio de Proporcionalidad de la Pena**

Se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. (Fuentes Cubillos, 2014)

Ivonne Yennissey Rojas, afirma que:

Éste principio tiene su razón de ser en los derechos fundamentales cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes ligándolo con el principio de Estado de Derecho y, por ende, con el valor justicia. (Rojas, 2016)

En el mismo sentido, el profesor Silva Sánchez, revela que:

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales) (Silva Sanchez , 2007)

#### **5.1.1.4. Caracterización del Principio de Proporcionalidad de la Pena**

Carlos Beccaria, indica que: “La proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas arbitrarias” (1983, pág. 66).

Para el Dr. Miguel Valarezo Tenorio, la Constitución instituye el principio de proporcionalidad cuando estipula que se establecerá la proporcionalidad entre las sanciones penales e infracciones, sin embargo, no solo basta con que esté redactada en la carta política, sino que la aplicación de este principio desde el ámbito constitucional maneja otros caracteres de acuerdo a lo siguiente:

Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando con esto una distorsión del principio de proporcionalidad, el mismo que establece, que, a mayor restricción de la libertad, mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. La debida proporcionalidad tiene tres momentos, el primero es cuando el legislador establece las penas adecuadas al acto; el segundo, cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada y justa; y el tercer momento tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios de rehabilitación. (Valarezo, 2012, pág. 15)

El principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos, pero es el juez o tribunal de garantías penales, el garante del equilibrio que se mantenga, pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos. (Rojas, 2016)

El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho, tanto así, que, en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del Art. 76, numeral 6 de la Constitución, manifiesta la existencia de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, en donde esta proporcionalidad deberá medirse con base en la importancia social del hecho desprendiéndose de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. (Rojas, 2016)

Lo que se pretende con la proporcionalidad, es que el poder punitivo, debe ser aplicado solo cuando sea estrictamente necesario por haberse trasgredido bienes jurídicos protegidos, claro está haciéndolo de carácter proporcional a la actuación realizada.

Por lo que se puede concluir que el establecimiento de penas, es necesario para garantizar una readaptación, resocialización, rehabilitación, siempre y cuando se lo aplique de manera proporcional al ilícito cometido, debido a que, la mayoría de los delincuentes necesitan diferentes tratamientos y políticas carcelarias, para lograr su reinserción en la sociedad, en donde surge un carácter instrumental del derecho penal y de la justicia criminal, en la que se debe analizar al delincuente previo a la comisión del acto, así como también determinar el criterio de la sociedad que da pautas para la imposición de la sanción, poniendo límites al mundo en algunas ocasiones sin valorar preceptos o tipologías tanto criminológicas como victimológicas. (Feijóo Sánchez, 2007)

En resumen, el principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de las secciones del sistema penal y los derechos constitucionales referentes a las personas objeto de la acción de este sistema.

O sea, el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque



toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

### **1.1.3. PECULADO**

#### **1.1.3.1. Historia del Peculado en el Ecuador**

##### **Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal 1871**

Esta es la forma como se le denominaba al segundo Código Penal que fue elaborado por la Asamblea Constituyente del 23 de octubre de 1871, promulgado el 3 de noviembre del mismo año por el Presidente Gabriel García Moreno, estableciéndose en este Código la acción penal en pública y privada, inclusive ya se permitieron presentar las denuncias reservadas, así como también se clasificó las pruebas en materiales, instrumentales, reales y conjeturales, así como también se las dividía en perfectas, penas o completas, en imperfectas o semiplenas, de acuerdo al sistema de valoración legal que existía en la época.

Las disposiciones sobre malversación y peculado se encuentran reducidas a un sólo artículo el 257, perteneciente al Capítulo IV, referente a los “Abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos”. Del Título IV, que establece: “De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones”, parte del libro II intitulado “De las infracciones y su represión en particular”, en el que se establecía lo siguiente:

“Art. 257.- Serán castigados con reclusión de tres a seis años, todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, de piezas, títulos, documentos, o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo. (Flores Uzcátegui & García Falconí, 2012)

##### **Código de Procedimiento Penal 1938**

En el año de 1938, se dicta en la República del Ecuador el primer Código de Procedimiento Penal, separando de esta manera la parte sustantiva, de la parte adjetiva penal. Como siempre ha sucedido en el País, este Código fue modificado, por existir supuestos errores tipográficos en el año de 1906.

### **Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal del año 1971.**

Estos cuerpos de legales Código Penal y Código de Procedimiento Penal fueron elaborados y promulgados bajo la administración del señor Presidente Doctor José María Velasco Ibarra, por una Comisión Jurídica, siendo publicados en el Registro Oficial Suplemento 147, de fecha 22 de enero del año 1971.

En este Código el delito de peculado se encuentra bajo el Título III “De los delitos contra la Administración Pública”, en el Capítulo V, que se refiere sobre asuntos “De la violación de los deberes de Funcionarios Públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”, se lo tipifica en el artículo 257, en este artículo como hasta la actualidad se cambian los nombres de algunas instituciones, como si eso fuera a cambiar la realidad de las mismas, por ejemplo: “de las Cajas de Previsión Social” por “del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, se suprime el inciso segundo del referido Código, referente a la responsabilidad solidaria de los cómplices y encubridores, por el término “autores” se halla comprendido en la parte principal del artículo en mención, también se suprimen los incisos tercero y cuarto que se refieren a la acción de cobro y la prescripción de la pena y la inaplicabilidad de la Ley de Gracia y el abandono de la acción penal respectivamente. (Flores Uzcátegui & García Falconí, 2012)

### **Código Penal**

Así es como se lo denominaba antes que entré en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en este Código Penal el delito de peculado se encontraba establecido en el Art. 257, el mismo que con el devenir del tiempo se lo ha ido

cambiando, modificando, de acuerdo a las circunstancias de los hechos, no se debe olvidar que el derecho evoluciona con el pasar del tiempo y es plenamente transformable, por lo que el artículo sobre el peculado contenía lo siguiente:

Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos. (Codigo Penal, 2005)

### **Código Orgánico Integral Penal (COIP)**

Los delitos contra la eficiencia de la administración pública, es decir, peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión en la actualidad esta clase de delitos son imprescriptibles de acuerdo a la Constitución de la república del Ecuador, como al Código Orgánico Integral Penal (COIP), el delito de peculado se encuentra enmarcado en el Art. 278, que prescribe:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen

intermediación financiera. (Código Orgánico Integral Penal , 2014)

### **1.1.3.2. El Delito de Peculado.**

Un famoso escritor ecuatoriano, que nació el 13 de abril del año 1832, en la ciudad de Ambato, llamado Juan Montalvo, fue un gran político liberal que luchó contra los gobiernos conservadores, quien sobre los delitos contra la administración pública escribió la siguiente frase: “El que roba al Estado, a todos roba y todos deben perseguirle por derecho propio y por derecho público”.

Se debe tener en cuenta que el peculado en la actualidad presenta en el Ecuador grandes cambios, como en la mayoría de delitos, debido a los cambios que se han experimentado y en la modalidad de cometer esta clase de delito, es por esta razón que ha ido cambiando de manera constante.

Generalmente esto sucede por las situaciones políticas y económicas que se encuentra atravesando un país, así como por las personas que se encuentran frente al Gobierno de turno, de acuerdo a su ideología política quienes al final son los que representan o dirigen un Estado de acuerdo a sus intereses partidistas, por ello es necesario ver lo que dicen algunos tratadistas sobre el delito de peculado, donde cada uno hace conocer su forma de pensar, así, por ejemplo:

El Diccionario Jurídico Mexicano, conceptualiza al peculado como:

El peculado se define de la siguiente forma: “Peculado. 1. (Del latín *peculatus*; de *peculium*, caudal.) En sentido exclusivamente gramatical, y teniendo en cuenta la etimología señalada, hace referencia a la sustracción de caudales del erario público, realizada por aquel a quien está confiada su administración. (Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., 1984, pág. 73)

Sin embargo, dentro de la conceptualización de todo delito se debe incluir necesariamente los elementos del tipo penal que lo conforman, y en el caso del delito de peculado no puede ser la excepción. Así, según el tratadista argentino Carlos Creus quien manifiesta que el delito de peculado lo comete aquel: "...funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo." (Creus, 1998, pág. 128)

Siempre ha sucedido y hasta la actualidad que en cualquier administración pública quien tiene acceso a los recursos financieros de un estado es precisamente los funcionarios públicos, porque son las personas encargadas a diario de manejar tanto dinero como bienes, por lo que en el caso del delito de peculado son varios los bienes jurídicos que se ven comprometidos, como la seguridad de la preservación de los bienes públicos, el normal funcionamiento de la administración en cuanto al aspecto patrimonial, económico y en cuanto su propiedad.

Manuel Ossorio, define al delito de peculado como: "Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración" (Ossorio, 1999, pág. 531)

Una característica de esta definición que salta a la vista es el termino de hurto que emplea el tratadista para calificar al tipo penal, lo cual ha permitido que se realice un debate sobre si en realidad el peculado es un delito de hurto o no, porque generalmente se sostiene que no hay fuerza en las cosas, ni tampoco en las personas y por lo tanto se lo debe catalogar como delito de hurto.

El Dr. Rodrigo Villegas, sostiene que:

Esta infracción tan común entre funcionarios poco escrupulosos y nada correctos, tuvo su origen en la Roma antigua donde se la

denomino peculatos (pecu igual ganado) y decía relación con el hurto de cosas muebles de propiedad del estado. Pero este aire liviano de animal doméstico que tuvo en sus inicios, va transformándose, y el simple peculatos primitivo fue generalizándose y tomando nuevas formas, al parecer la ilícita apropiación de moneda acuñadas por el Estado, así como la falsificación de las mismas, actos a los cuales se les fue también dando el nombre de peculatos. (Villegas, 1994, pág. 139)

Esto quiere decir que con la evolución de esta figura jurídica delictiva las acciones ya no solo obedecieron al hurto de cosas, bienes o recursos económicos del Estado, sino que tuvo otros tipos de actuaciones, de apropiaciones ilícitas, que también entraron a ser considerados como peculado, por lo que en la actualidad se debe discutir acerca de que si el peculado es solo un tipo de hurto, o más bien presenta otras facetas, las mismas que se deben analizar plenamente antes de catalogar a la acción ilegal como delito de peculado.

Erleans de Jesús Peña Ossa, sobre los conceptos de Carrara, dice que el peculado es: “La apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.” (Peña Ossa, 1986, pág. 44)

El tratadista Carlos Molina Aerrubia, sostiene que en un sentido más jurídico y teniendo como referencia a la época actual “se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.” (Peña Ossa, 1986, pág. 45)

Es muy necesario conocer y que es importante saber que el peculado es un tipo penal antiguo que a lo largo del tiempo ha sufrido grandes cambios en su estructura, según el penalista colombiano Francisco Ferreira, dice: “El peculado es un tipo legal que,

en su forma de apropiación indebida, contiene la figura básica rectora”. (Ferreira Delgado, 2003, pág. 123)

Según las definiciones se puede manifestar que el delito de peculado implica una actuación consiente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos (bonos, dinero, etc.), bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones, se podría decir que en la actualidad este tipo de delito se ha sofisticado tanto que ha llegado al sistema financiero para crear lo que se conoce como peculado bancario, por lo que está dentro del campo de los delitos económicos.

### **1.1.3.3. Tipos de Peculado**

El delito de peculado consiste en la apropiación o aprovechamiento en beneficio propio o de terceros de los fondos públicos por parte tanto del funcionario público a cargo de administrarlos o la persona que tenga acceso a fondos públicos y los malverse.

Uno de los tratadistas colombianos llamado Pedro Pacheco Osorio, al referirse a las clases de peculado, en base a su estudio realizado, lo hace de la siguiente manera (Pacheco Osorio, 1976)

- **Peculado propio o impropio**



El peculado propio es la apropiación indebida de lo público cometida por un servidor público encargado de resguardar dichos fondos. Este delito tiene los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan al peculado. (Pacheco Osorio, 1976)

El peculado impropio lo realiza una persona diferente del sector público, y la propiedad es pública. Sin necesidad de ser funcionario público, se configura el peculado impropio cuando el sujeto activo realiza actos encaminados a disponer personalmente de caudales o bienes públicos; este es el caso de los operadores del sistema financiero y bancario. (Pacheco Osorio, 1976)

- **Peculado por aplicación oficial diferente**

Se refiere al que comete el funcionario público al emplear a servidores públicos que se encuentran a su cargo a fin de que realicen funciones ajenas a su cargo y en beneficio propio o de terceros, en detrimento del patrimonio del Estado, y en este sentido determina lo siguiente:

No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mando, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados. (Pacheco Osorio, 1976)

- **Peculado por sustracción o apropiación**

Es cometido por un funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en el delito de peculado, será

sancionado de conformidad con la ley, así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente. (Pacheco Osorio, 1976)

El doctrinario ecuatoriano Luis Cueva Carrión, dice que existen dos clasificaciones una la existente según el derecho romano y otra de la que se conoce en la actualidad. Respecto de la primera el peculado se clasifica en:

- **El peculado estatal**

La casuística de este tipo de peculado fue la sustracción de metales preciosos o de monedas del erario pertenecientes a la comunidad romana o a alguna otra caja pública. (Cueva Carrión, 2006)

- **El peculado municipal**

Estuvo reglado por los diversos estatutos locales y consistía en la distracción de fondos municipales o en la falsificación de sus libros de contabilidad o de sus documentos. (Cueva Carrión, 2006)

- **El peculado denominado pecuniae residuae**

Literalmente significa de dinero, lo que falta por pagar totalmente la cuenta; resto de una cuenta. Este tipo de peculado fue reglado por la Lex Julia de Peculatus, el administrador de fondos públicos tenía la obligación ineludible de rendir cuentas de su gestión al final debía entregar el dinero que le quedaba si no lo hacía, durante un año, se consideraba como una simple deuda de cantidad líquida, pero si

transcurrido el plazo no pagaba el deudor estaba sujeto a una acción pública y a la pena de entregar, además un tercio de la suma debida. (Cueva Carrión, 2006, pág. 70)

Los tipos de peculado fueron cambiando con el devenir del tiempo esto debido a que todo se transforma y el modo o método de apropiarse de los bienes del estado van cambiando sustancialmente con el pasar del tiempo. (Cueva Carrión, 2006)

Luis Cueva Carrión (2006) , a más de esta clasificación, da a conocer también otra sobre el peculado:

**Peculado por apropiación:** Su esencia típica radica en la sustracción o apropiación de cosas públicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia o administración.

**Peculado por uso indebido:** Consiste en que el servidor público indebidamente, use o permita que otro use, bienes del estado, o de instituciones o de empresas en que este tenga parte, o de bienes de particulares cuya administración tenencia o custodia se le haya confiado por razón de su cargo. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado por extensión:** En esta clase de peculado el sujeto activo no es un empleado público sino un particular que se apropia, usa en forma indebida, retienen, invierte, aplica mal, utiliza en forma ilegal los bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el estado tenga la mayor parte. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado por omisión:** es aquel que lo comete el agente receptor o autor retenedor de impuestos, tasa o contribuciones públicas cuando no los consigan dentro del término legal establecido. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado por aplicación oficial diferente:** Comete este delito el empleado público que dé a los bienes estatales o de empresas o de instituciones del Estado, cuya administración o custodia se le hubiere confiado por razón de sus funciones, aplicación diferente de aquella a que están destinados, o comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado por error ajeno:** Consiste en la apropiación o en la retención, por parte del empleado público, en provecho suyo o de terceros, de bienes o cantidades de dinero que por error ajeno hubiere recibido. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado culposo:** Es aquel en el que el servidor público, por su culpa, su negligencia o su impericia, permite que los bienes del Estado o de instituciones o empresas en que este tenga parte o de particulares, que por razón de sus funciones le han sido confiados, se extravíen, se pierdan o se dañen. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado propio.-** En la doctrina Carrara, distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el segundo es decir el peculado impropio, dice que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración. (Cueva Carrión, 2006)

**Peculado por impropio:** En el Peculado Impropio, se encuentran verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su

correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar, es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad. (Cueva Carrión, 2006)

Por lo expuesto se puede concluir que el peculado es un delito realizado contra la eficiente administración pública que tiene muchas características de ahí las varias clases de acciones que pueden considerarse como delito de peculado.

#### **1.1.3.4. Elementos del Tipo Penal del Peculado**

De acuerdo a la definición de peculado, también pueden desglosarse o descomponerse los elementos que caracterizan el tipo penal, en este nuevo subtema de la fundamentación doctrinaria el objetivo principal es dejar sentadas estas características para tener un escenario propicio en el que el tema de debate central de la tesis se desarrolle de manera adecuada.

Francisco Ferreira, considera el delito de peculado como una oración típica con sus elementos oracionales, y los define así:

#### **Sujeto**

El sujeto está conformado por el servidor público, debido a que, se requiere de un autor cualificado, pero aquello no es sentencia universal, pues de manera excepcional

el delito de peculado pueden cometerlo también los funcionarios o administradores de la banca privada, que si bien no son funcionarios públicos manejan o administran fondos considerados como dinero público. (Ferreira Delgado, 2003)

## **Verbo**

De acuerdo al mismo el verbo o acción típica consiste en "...apropiarse, que es transitivo e indica un delito de resultado". Adicionalmente la ley prevé otros verbos de acción. (Ferreira Delgado, 2003)

Para que una acción de la persona sea considerada como peculado se deben cumplir con ciertos caracteres propios del tipo penal que actúan como elementos integrantes del instituto legal. Por ello una vez conceptualizado y ubicado estos elementos dentro de la definición de delito de la Escuela Clásica (acto típico antijurídico culpable y sancionado) claramente pueden identificarse que al igual que cualquier otro instituto jurídico penal el peculado consta de elementos del tipo penal que a continuación se expone. (Ferreira Delgado, 2003)

El componente objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo: matar, dañar, sustraer u ocultar. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos no es suficiente la existencia de un acto exterior para que se cumpla la situación prevista en el tipo penal, siendo necesario también la existencia de un componente subjetivo, que en la mayoría de los casos es la intención (dolo) de realizar la conducta exterior descrita, y en algunos casos también la negligencia (culpa) en el accionar. (Ferreira Delgado, 2003)

### **1.1.3.5. Elemento Objetivo**

El elemento objetivo del tipo penal es una conducta exterior realizada por una persona y se expresa a partir de un verbo: matar, dañar, sustraer u ocultar. En el caso de peculado este proceder es causado por un sujeto activo y pasivo en contra de un bien jurídico protegido, el sujeto activo es por lo general un funcionario público, el sujeto pasivo por lo general es la administración pública y el bien tutelado es el patrimonio estatal (víctima). (Ferreira Delgado, 2003)

#### **1.1.3.6. El bien jurídico protegido**

El bien jurídico penalmente protegido, constituye el interés o intereses o bienes que se busca proteger a través de la norma penal. Estos intereses o bienes serán aquellos sobre los cuales ha recaído el efecto jurídico del delito.

El Código Orgánico Integral Penal al referirse al peculado no solo se refiere al abuso de dineros públicos y privados por parte de servidores públicos o personas que prestan un servicio público, sino también de bienes que estuvieren en su poder en virtud de su cargo, esto es que el bien protegido es la eficiente administración pública. (Ferreira Delgado, 2003)

#### **1.1.3.7. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo**

El sujeto activo o agente de la infracción penal en un delito de peculado por lo general será un funcionario público o una persona particular que actúe en virtud de una potestad estatal de acuerdo a lo estatuido por el Art. 229, de la Constitución de la república del Ecuador, que determina:

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Uno de los caracteres principales para que se cumpla el delito de peculado es que con anterioridad se cumpla con esta disposición constitucional pues los funcionarios públicos pertenecientes a entidades del sector de la administración estatal constituyen el sujeto activo de la infracción, por lo que, se trata de un infractor cualificado.

Luis Cueva Carrión, dice sobre los funcionarios: “Servidor público es todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones a las que se refiere el inciso primero de este artículo...”. (Cueva Carrión, 2006)

Luis Cueva Carrión, manifiesta que servidor público es:



“Un sujeto incorporado a la actividad pública, la incorporación no es arbitraria sino jurídica, puede ser por disposición de la ley, por elección popular, por nombramiento de la autoridad o por contrato. Quien realiza una labor pública sin poseer este requisito legal no tiene la calidad de servidor público para los efectos penales”. (Cueva Carrión, 2006)

Esto quiere decir que el sujeto activo del delito de peculado es cualificado, por lo que, debe cumplir con la característica de ser servidor público, y estar a cargo de los fondos públicos que fueren distraídos.

El Art. 233, de la Constitución de la república del Ecuador, dispone:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De esta forma la acción para perseguir penalmente este tipo de delitos es imprescriptible, tendencia que viene desde la Constitución Política del Ecuador expedida en el año 1998 como antecedente de la crisis económica que dejó el feriado bancario a finales de la década de los 90.

El tratadista Edgardo Dona sobre el peculado, sostiene: “Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos...”. (Dona, 2000, pág. 259)

Para la determinación de la calidad de estos funcionarios públicos, el autor dice que es menester remitirse a la ley. Recalca a su vez la necesidad de que no se trate de cualquier funcionario público, sino de que a su cargo se encuentren caudales de origen público o estatal como requisito indispensable para la determinación del peculado.

En el delito de peculado el sujeto pasivo es la Administración Pública, la Constitución de la república del Ecuador, en su Art. 227, prescribe:

“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esto quiere decir que el sujeto pasivo es sobre el cual recae la conducta delictiva que por su naturaleza afecta a determinados bienes jurídicos a que la ley protege, implícitamente a determinados sujetos pasivos, en este caso y citando al tratadista

Luis Cueva Carrión (2006) el peculado se va en contra de: “La integridad del patrimonio público y su correcta administración y el deber de fidelidad y lealtad del servidor público”.

#### **1.1.3.8. Elemento Subjetivo**

Para que se configure este delito es necesaria la existencia de dolo por parte del sujeto activo de la infracción, esto es, la intención positiva de causar perjuicio al patrimonio del Estado mediante actos fraudulentos.

El tratadista Edgardo Dona, manifiesta que: “El tipo penal requiere dolo directo en el sentido de que el sujeto debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace de ese destino...”. (Dona, 2000, pág. 161)

Por lo que solo si hay dolo hay delito, caso contrario no, el mismo tratadista puntualiza que el error, aunque sea vencible, esto es, evitable, elimina el tipo. Esto se explica porque para que se de este delito se requiere de una planificación volitiva y no puede ser fruto de la casualidad o de las circunstancias.

#### **1.1.3.9. Tipicidad**

En la teoría del delito uno de los elementos que integran la estructura del delito es la tipicidad. Las leyes penales características contienen el precepto o hipótesis abstracta la sanción y, en ese sentido, la tipicidad es la adecuación de la conducta humana con aquella hipótesis previamente descrita en la ley. La tipicidad, para delimitar el acto y atribuir la responsabilidad opera a través de elementos descriptivos, normativos y subjetivos.

La tipicidad en el delito de peculado es compleja, y contiene elementos que hacen referencia a un sujeto activo determinado; por la naturaleza de los bienes jurídicos que protege, implícitamente a determinados sujetos pasivos; a determinados objetos materiales que en este caso son bienes muebles o inmuebles; a la acción nuclear que es el elemento central de la conducta; a elementos subjetivos que se enlazan con la culpabilidad; y, a elementos extraños a la conducta pero que integran la acción penal.

Carlos Creus, jurista argentino, afirma:

La acción reprimida es la de la sustraer, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocado por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque sólo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. (Creus, 1998, pág. 130)

Esto a su vez puede interpretarse en el sentido de que no importa el uso que se le otorgue a los resultados del delito, no hace falta la apropiación o apoderamiento por parte del acusado, sino la sola defraudación o el hecho de retirar el objeto del delito de la esfera pública a otro uso distinto a los fines de la Administración Pública en beneficio de algún particular.

#### **1.1.3.10. Antijuridicidad**

En base a la doctrina jurídica y la teoría clásica del delito, para que una conducta sea punible debe cumplir con el requisito de la antijuridicidad, entendida como el daño causado a un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. En el caso del delito de peculado el bien jurídico que se pretende proteger es la eficiencia de la administración pública del Estado.

Para descartar la antijuridicidad de la conducta en el delito de peculado es posible justificar la conducta por la concurrencia de consentimiento o autorización del superior jerárquico, aunque es polémica su aceptación. Así mismo se tendría el caso de estado de necesidad justificante, ello por cuestiones de necesidad pública o salvaguarda de bienes jurídicos primordiales, tales como la vida.

En el Capítulo Segundo, de la Sección Segunda, del Código Orgánico Integral Penal (COIP), se tiene el concepto sobre lo que consiste la antijuridicidad, así como el estado de necesidad, para conocer esta definición en el ordenamiento penal ecuatoriano, se la redactará a continuación:

“Art. 27: Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”.

#### **1.1.3.11. Culpabilidad**

La culpabilidad es el reproche que se realiza al sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica. Se le formula a un sujeto capaz, porque habiendo conocido de la ilicitud de la conducta realizada por él, no ha sido capaz de desempeñarse en una forma ajustada a derecho.

El estudioso ecuatoriano Luis Cueva Carrión, sostiene, que:

La culpabilidad tiene dos formas: el dolo y la culpa. La primera es intención, la segunda, negligencia. Ambas tienen por fundamento la voluntad del sujeto activo. Sin intención o sin negligencia no hay culpabilidad, y sin ésta, no hay delito, por ser la culpabilidad elemento del delito.

Sin embargo, para que exista el delito como dice el Dr. Luis Cueva Carrión tiene que existir la conjugación de varios elementos, pues no basta con solo distinguir si la acción es dolosa o culposa, teniendo en cuenta que el delito es: “Un objeto cultural, una creación jurídica de carácter abstracto y los tipos penales son tipos ideales que constan en una ley penal y adquieren realidad en el proceso penal. (Cueva Carrión, 2006, pág. 80)

#### **1.1.3.12. Determinación de la Pena.**

Los Jueces para determinar las penas a imponerse luego de desarrollarse la audiencia de juicio deben hacerlo de manera consciente porque van a juzgar la conducta de una o varias personas, las mismas que en caso de ser sentenciadas pasarán muchos años tras las rejas de los mal llamados centros de rehabilitación social para personas adultas en conflicto con la sociedad.

Para la determinación de la pena se debe seguir un proceso que pasa por tres fases principales, la fase de la pena legal abstracta, la concreción legal y finalmente la individualización judicial. Según el tratadista español Jesús María Silva Sánchez la teoría de la determinación judicial es:

La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del sí o no del delito y, por tanto, del sí o no de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema las consecuencias del acto de

individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal. (Silva Sánchez, 2007, pág. 3)

El Art. 278, del Código Orgánico Integral Penal, lamentablemente establece penas muy exiguas, muy bajas para el delito de peculado y es por esta razón que, en los últimos doce años de Gobierno por parte del ex Presidente de la república del Ecuador, Economista Rafael Correa Delgado, esta clase de delito se lo ha cometido a cada instante y en diferentes obras, siendo el caso más sonado el de la empresa ODEBRECHT.

El tratadista Feijóo Sánchez, sobre la proporcionalidad de la pena, sostiene: “Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable” (Feijóo Sánchez , 2000, pág. 199)

Los Jueces sean del Tribunal de Garantías Penales o el Juez Unipersonal de la Unidad Judicial de Garantías Penales para determinar la pena a imponerse a uno o varios procesados tienen que hacerlo sin que les quede la menor duda razonable, siempre observando el nexo causal entre la materialidad del delito y la responsabilidad de la persona procesada, para que el momento de sentenciar lo haga con el pleno convencimiento que se merece la pena a imponer o incluso dictar una sentencia ratificatoria de inocencia.

#### **1.1.3.13. Informes emitidos por la Contraloría General del Estado**

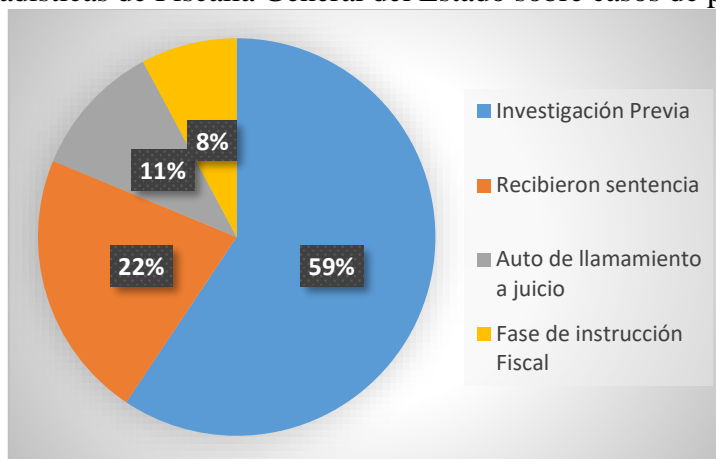
La mayoría de los presuntos casos de corrupción que detectó la Contraloría General del Estado se habrían cometido en los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) y en la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que ahora se denomina Servicio

Nacional de Aduanas. Así lo determinó un documento elaborado por la Fiscalía General, basado en los informes con indicios de responsabilidad penal que recibió del organismo.

Según ese documento, de 1.293 informes que llegaron a la Fiscalía en los últimos seis años, el 57% (737 casos), corresponde a investigaciones por supuesto peculado.

Las estadísticas que maneja la Fiscalía indican que 491 casos (38 %) se mantienen en la fase de indagación previa, 181 (14 %) recibieron sentencia, 90 (7 %) están con auto de llamamiento a juicio y 64 (5 %) están en la fase de instrucción fiscal.

Gráfico 1. Estadísticas de Fiscalía General del Estado sobre casos de peculado



Fuente: Fiscalía General del Estado año 2016

El documento señala que en el 2007 la Contraloría remitió a la Fiscalía 143 informes; en el 2008, 113; en el 2009, 267; en el 2010, 197; en el 2011, 162; en el 2012, 223; y en el 2013, 188. Hasta mayo del 2014, el organismo remitió 45 denuncias.

Como se puede observar en los datos estadísticos el cincuenta y siete por ciento de los casos que llegan a la Fiscalía es por el cometimiento del delito de peculado, esto es gracias a que en los últimos años la gente ha perdido el miedo a denunciar y así lo



está haciendo, demostrando una vez más que era un secreto a voces que en el Ecuador los delitos contra la eficiente administración pública iban en aumento, lo malo es que nadie quería ponerse al frente para realizar la respectiva investigación.

La razón para que se haya incrementado el delito de peculado, es porque la mayoría de funcionarios públicos estaban protegidos por el Gobierno anterior y creían que eran intocables y que nunca serían investigados.

Una vez que se realizó el cambio o mejor dicho se nombró como Contralor de la Nación Pablo Celi, el número de investigaciones con responsabilidad penal han ido aumentando, más aún con el respaldo de la Fiscalía General de la Nación, que también ha dado muestras de un cambio sustancial en su accionar.

Además se indica que de 491 casos, el treinta y ocho por ciento se encuentra en fase de indagación previa, lo que no está bien utilizar esta palabra de “indagación”, por cuanto se la utilizaba con el anterior Código Penal, porque con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, la palabra correcta que debe utilizarse es “investigación”, como así se lo establece en el artículo 580: “Finalidades.- En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Las diligencias investigativas practicadas por la o el fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito, tendrá por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos”.

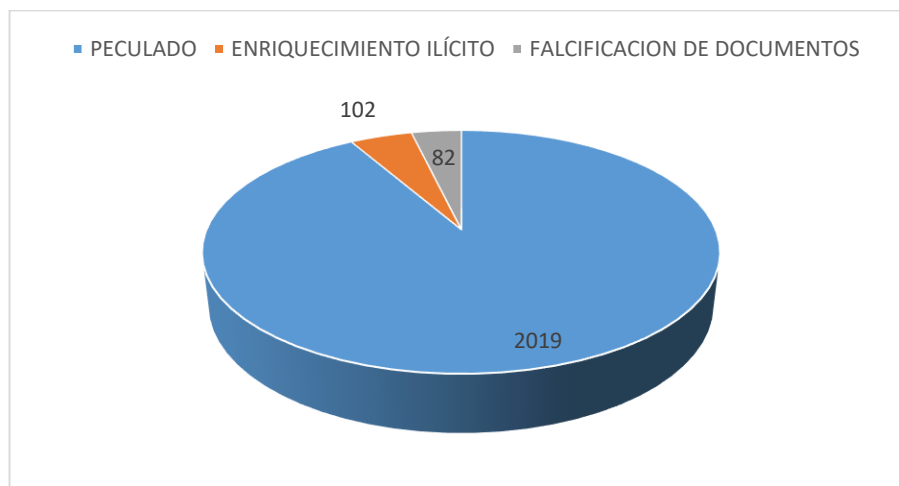
Gráfico 2. Casos emitidos por Contraloría general del Estado periodo 2009-2014.



Fuente: Informe Contraloría General del Estado, julio 2014.

Desde 2005 hasta 2017, la Contraloría General ha remitido a la Fiscalía del Estado 2.214 informes especiales (auditorías) con indicios de responsabilidad, de los cuales, solo el 5,3% (118 casos) recibió sentencia condenatoria durante 12 años.

Gráfico 3. Informes de la Contraloría General del estado periodo 2005-2017.



Fuente: Informes Contraloría General del Estado 2005-2017

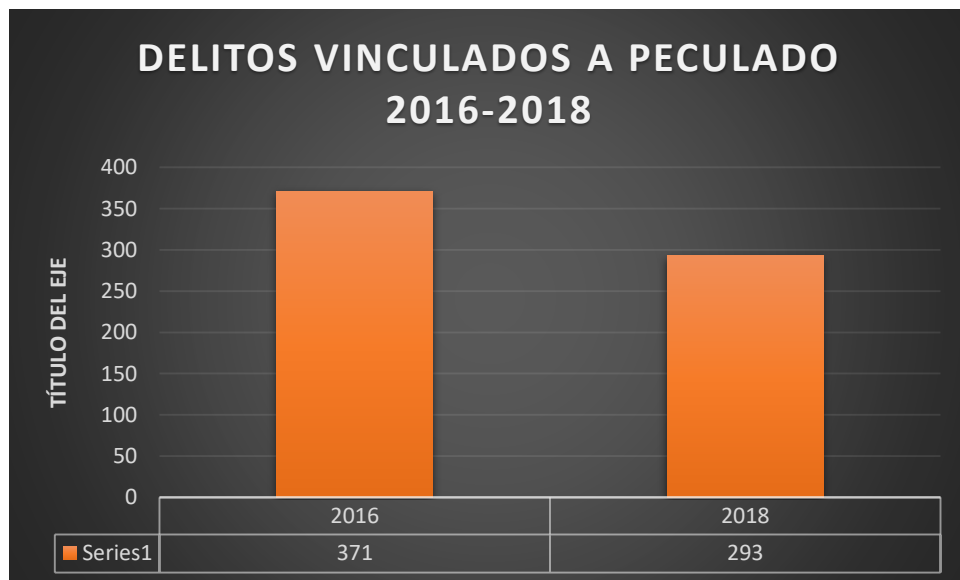
Aquí se puede observar claramente que a pesar de haber 2.214 informes especiales con indicios de responsabilidad penal, que fueron realizados por la Contraloría general del Estado, solamente 118 casos recibieron sentencia y esto se debe a que

existía una gran protección por parte del Gobierno, para con sus autoridades, buscando siempre mantener en la impunidad los casos que se denunciaban, manifestando siempre que las denuncias lo hacían los enemigos del Gobierno o la “prensa corrupta” como se la llamaba.

De esta forma se desmentía todo lo que decían tanto los medios de comunicación como las personas que de una u otra manera tenían documentos que respaldaban sus denuncias, lo que hizo el Gobierno para silenciar a estas personas es entablar juicios y de esta manera sometía a la gente en base al miedo y al temor.

De información que consta en la web de Contraloría se desprende que, de los 2.019 casos de peculado identificados en 12 años, 697 no pasaron de la etapa de investigación previa en la Fiscalía General.

Gráfico 4. Delitos vinculados a peculado 2016-2018.



Fuente: Fiscalía General del Estado

Durante el gobierno de Correa (2007-2017) se produjeron una serie de actos de corrupción, muchos de ellos propiciados por la red de corrupción de Odebrecht, que distribuyó coimas por 50 millones, de acuerdo con la Procuraduría.

Como consecuencia de tales actos fue condenado a prisión el ex vicepresidente de la república del Ecuador Jorge Glas, varios ministros de Estado y otros altos funcionarios del régimen anterior, principalmente del sector de los hidrocarburos.

El caso más emblemático de los delitos contra la eficiente administración público es el que se realizó en contra del ex vicepresidente de la república del Ecuador Jorge Glas, porque mucha gente decía que jamás lo llegarían a sentenciar, cosa que no sucedió y en la actualidad se halla cumpliendo una sentencia de seis años.

Lo malo de esta sentencia por el delito de peculado, así como de otras es que las sanciones son muy bajas, se podría decir incluso que son penas mínimas, porque ni siquiera se toma en cuenta el perjuicio que se ocasiona al pueblo ecuatoriano, porque son dineros que aporta la mayoría de la población a través del pago de sus impuestos.

Muchas de estas personas que son investigadas o sentenciadas por el delito de peculado o cualquier otros contra la eficiente administración pública, dicen no saber nada, no conocer a nadie y que son enjuiciados injustamente, solamente por represalias del Gobierno actual. No reconocen sus errores, sino que se mantienen diciendo que son inocentes, que jamás han cometido delito alguno.

¿En qué consiste el informe con responsabilidad penal de la Contraloría General de la Nación? Esto no es otra cosa que primeramente antes de iniciar una investigación

previa por el delito de peculado, se necesitaba primeramente que la Fiscalía establezca la responsabilidad de esa persona o grupo de personas.

Esto vino a convertirse en una camisa de fuerza para la Fiscalía General de la Nación, que se veía impotente al no poder realizar ninguna investigación previa por esta clase de delito, mientras no exista el famoso informe realizado y presentado por la Contraloría General de la Nación.

Además, esta decisión de solicitar el informe con responsabilidad penal fue creado en el Gobierno del Economista Rafael Correa, solamente con la finalidad de que los procesos no avancen, porque quienes administraban la función pública sabían que lo que estaban haciendo era cometer una serie de delitos. Siendo una de las formas de mantener oculto pedir este famoso informe que tardaba muchos años y casi nunca se lo hacía conocer.

Lamentablemente tuvieron que pasar muchos años para que las nuevas autoridades se den cuenta de esta artimaña, que lo único que hacía era retardar los diferentes procesos. En este año por fin se tomó la resolución de que no es necesario el informe de la Contraloría General de la Nación, para iniciar la investigación por el delito de peculado.

Muchas personas entendidas en materia penal además manifiestan que deben cambiarse las penas que existen actualmente para los delitos que se cometen en contra de la eficiente administración pública, porque son penas muy exiguas, si se compara con otras penas establecidas para delitos menores en el Código Orgánico Integral Penal.

Al existir penas que van por ejemplo hasta los cinco años, estas personas pueden favorecerse de la sustitución de la prisión preventiva, por cualquier otra medida y ya se ha visto en el Ecuador, que la gente que está siendo investigada lo que hace es fugar del País, a pesar de estar con varias medidas como la utilización del dispositivo electrónico, el cual nunca sirvió para controlar a uno de los hermanos Alvarado, que se fugó a pesar de haber dado más de 240 alertas de que lo estaba manipulando.

De igual manera si varios de estos delitos tienen penas de hasta diez años, lo que hace esta gente que ha cometido esta clase de delitos es someterse al Procedimiento Abreviado, por lo que la pena se le rebaja en un tercio, ni siquiera se toma en cuenta el daño económico que han provocado.

El artículo 636, del Código Orgánico Integral Penal, acerca del Procedimiento Abreviado, establece: “Trámite. - La o el fiscal propondrá a la persona procesada y a la o al defensor público o privado acogerse al procedimiento abreviado y de aceptar acordará la calificación jurídica del hecho punible y la pena.

La defensa de la persona procesada, pondrá en conocimiento de su representada o representado la posibilidad de someterse a este procedimiento, explicando de forma clara y sencilla en qué consiste y las consecuencias que el mismo conlleva.

La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal.

La o el fiscal solicitará por escrito o de forma oral el sometimiento a procedimiento abreviado a la o al juzgador competente, acreditando todos los requisitos previstos, así como la determinación de la pena reducida acordada”.

Como se puede observar estas situaciones, no son una casualidad, sino que, al momento de elaborar el Código Orgánico Integral Penal, conocían lo que estaban haciendo y lo único que hicieron es blindarse para no ser sujetos de la imposición de penas altas.

Ahora si una persona se somete al Procedimiento Abreviado, en cambio ya no puede ser sujeto de la suspensión condicional de la pena, que también es una nueva figura del Código Orgánico Integral Penal, porque antes lo que existía es la suspensión de la pena, solamente para delitos que tengan una sentencia de hasta seis meses, en cambio en la actualidad es para delitos que tengan una sentencia de hasta cinco años.

El art. 630, del Código Orgánico Integral Penal, dispone: “Suspensión condicional de la pena. - La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.

Si en verdad esta figura no puede ser aplicada para el delito de peculado, si es susceptible de utilizarla en otros delitos en contra de la eficiente administración pública, como por ejemplo el enriquecimiento privado siempre y cuando el perjuicio económico no sobre pase los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, ahí la pena es de tres a cinco años y por lo tanto si se puede someter a la suspensión condicional de la pena.

De igual manera cuando se cometen los delitos de cohecho y concusión también se pueden someter a la suspensión condicional de la pena, siempre y cuando se cumplan algunas situaciones establecidas en los artículos 280 y 281 del Código Orgánico Integral Penal.

El delito de tráfico de influencias en la actualidad está de moda con el descubrimiento de la computadora de la secretaria del ex presidente Economista Rafael Correa Delgado, donde cada día se revelan más datos donde se hace notar la influencia del Gobierno no solamente en Jueces, sino también en Fiscales para que se dicten sentencias en contra de las personas investigadas por el famosos Treinta de Septiembre, así como de diferentes casos como el del Coronel Araujo, del ex asambleísta Pepe Acacho, etc.



El delito de Peculado de acuerdo a la investigación realizada, se lo ha cometido en casos grandes de corrupción como el de la empresa ODEBRECHT, donde el perjuicio económico ocasionado al Ecuador, hasta la presente fecha no se lo puede cuantificar, así como los proyectos petroleros con las refinerías de Esmeraldas y del Pacífico, con los grandes proyectos hidroeléctricos, que hasta la actualidad el gobierno tiene que invertir grandes sumas de dinero para tratar de culminar dichos proyectos que en su construcción se han demorado más de diez años y no pueden entrar en funcionamiento por fallas en sus estructuras.

En la actualidad se han enviada por parte de la Contraloría General del Estado más de dos mil cuatrocientos casos con responsabilidad penal, a la Fiscalía General del Estado, para que realicen las investigaciones que corresponden y de esta manera poder sancionar a toda esta gente que se aprovechado del dinero del Estado, lo malo es que hasta la presente fecha solamente se tiene una devolución de trece millones y medio de dólares, sin embargo, nadie sabe dónde está ese dinero. De igual manera dicen que han localizado veinte y cinco millones de dólares en bancos de Suiza y cinco millones de dólares en un banco de Panamá, ahora toca esperar para ver cuándo esos dineros son devueltos al erario nacional.

#### **1.1.4. Análisis de la Proporcionalidad de la Pena en Delitos de Peculado**

Se debe considerar que el legislador ecuatoriano en la actualidad no cuenta con un mecanismo técnico que permita establecer las penas para los delitos de una manera proporcional, la Constitución de la República del Ecuador determina el principio de proporcionalidad cuando establece que se constituirá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

Para que prevalezca proporcionalidad entre las penas y los delitos debe existir una equiparación valorativa, de tal forma que, la pena sea proporcional al acto, es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente

políticas; provocando esto una distorsión del principio de proporcionalidad, el mismo establecido según lo argumentado por el tratadista Robert Alexy, quien afirma que: “A mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente”. (Alexy, La fórmula del peso, en El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional, 2009, pág. 15)

En los delitos por peculado se señala que no se aplica el principio de proporcionalidad de la pena, por cuanto el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala que la pena privativa será de diez a trece años, es decir aumenta el tiempo de condena en comparación al anterior Código Penal, y se establece una diferencia de tres años entre el delito de menor gravedad y el que puede ser catalogado como peor en esta clase de tipo penal.

#### **1.1.5. Análisis de la Proporcionalidad como base del incremento de la pena en Delitos de Peculado**

En el delito de peculado el riesgo de lesividad que se ocasiona al Estado es inminente, debido a que las consecuencias que se provocan son desastrosas, por ejemplo las arcas del Gobierno se ven disminuidas y por esta razón tiene que acudir a una serie de mecanismos para tratar de reparar el daño causado, por ejemplo y lo que usualmente se utiliza es el incremento de los diferentes impuestos, teniendo en cuenta que los mismos deben ser pagados por la ciudadanía, con la finalidad de reparar el daño que se ha producido a la población.

En la obra sobre Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, en el capítulo sobre “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” la autora Laura Clérico, de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), al referirse a la proporcionalidad dice lo siguiente:

“Uno de los límites a la limitación de los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el ***examen de la proporcionalidad en sentido amplio***. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que, a) los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio”. (Alexy, y otros, 2008)

Es por ello que al momento que un Estado va a promulgar una ley penal sobretodo o a realizar reformas a la misma debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, para que las sanciones que se impongan a los diferentes delitos, estén acordes al grado de perjuicio que se ocasiona a la víctima.

En el caso del delito de peculado la víctima resulta ser el Estado, por lo cual los que resultan perjudicados son sus ciudadanos, por esta razón se debe cuidar el buen vivir de los mismos, porque caso contrario a nivel internacional se presenta una mala imagen al ser considerado el Ecuador como un país corrupto y por lo tanto no es sujeto de crédito de las instituciones financieras mundiales, porque consideran un verdadero peligro el conceder préstamos a una nación con esas características.

En la obra sobre Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, en el capítulo sobre “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”

Los doctrinarios María Teresa Castiñeira y Ramon Ragués, de la universidad de Pompeu Fabra, de la ciudad de Barcelona, República de España, manifiestan lo siguiente referente a la famosa ley *three strikes*, a la misma que la gente del estado de California, de los Estados Unidos de Norteamérica comenzó a llamarle (Eliminado a la Tercera), esto debido a que si una persona era sentenciada por un primer delito grave o violento recibía la condena respectiva; si volvía a cometer un segundo delito se le imponía el doble de la pena establecida para ese delito; y, si cometía un tercer delito grave o violento, luego de haber cometido dos delitos con estas características,

recibía una sentencia de cadena perpetua, debiendo cumplir por lo menos veinte y cinco años para que se le otorgue una libertad condicional:

Esta ley trajo consigo una serie de consecuencias como fue la disminución de los delitos, debido al temor a la nueva ley impuesta, así se tiene por ejemplo que: "...en el debate jurídico estadounidense de la última década se han formulado numerosas objeciones a las leyes *three strikes*, muchas de ellas relacionadas con su propia eficacia y su grado real de incidencia en la criminalidad. Así, si se toma como ejemplo el caso de California, ciertamente se advierte desde mediados de los noventa una sensible disminución de la tasa de delincuencia que los partidarios de las nuevas previsiones atribuyen al tratamiento más severo de los delincuentes habituales. Algunos autores se atreven a aventurar incluso el número exacto de delitos que la ley californiana evitó en sus dos primeros años de vigencia: ocho asesinatos, 3.972 asaltos agravados y más de 10.000 robos con violencia...". (Alexy, y otros, 2008)

El actual Juez de la Corte Constitucional, Dr. Ramiro Ávila Santamaría, en el libro: "Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", en el capítulo sobre El Principio de Legalidad versus el Principio de Proporcionalidad, sostiene lo siguiente:

"El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica sólo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos".

Por lo que al hablar sobre el delito de peculado hay que ver que bien jurídico se está protegiendo y al estar este delito considerado dentro de los que se lo realiza en contra de la eficiente administración pública, afecta a todos quienes conforman parte del Estado debido a la apropiación indebida de los dineros públicos, porque el delito que se comete es en contra de la administración pública, el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos públicos o efectos estatales encomendados, por cuanto los mismos pueden ser utilizados en salud, educación vivienda, etc.

En el libro “Vigilar y Castigar” cuyo autor es Michael Foucault, al referirse al tema del castigo sostiene lo siguiente:

“...es preciso que el castigo parezca no sólo natural, sino interesante. Es preciso que cada cual pueda leer en él su propia ventaja. Que se acaben esas penas espectaculares, pero inútiles. Que se acaben las penas secretas, también; pero que los castigos puedan ser considerados como una retribución que el culpable da a cada uno de sus conciudadanos, por el crimen que los ha perjudicado a todos: unas penas "que salten sin cesar a los ojos de los ciudadanos", y que pongan "de manifiesto la utilidad pública de los movimientos comunes y particulares”. (Foucault, 2003)

Con esta apreciación hay que tener muy en cuenta que el castigo que se impone a un delito debe ser lo más justo posible, de acuerdo al acto cometido, observando la conducta que ha presentado cada individuo al cometer el mismo y para ello se necesita tener penas acordes a la magnitud del daño ocasionado, para que la sociedad que es la que vigila si se está haciendo bien o mal las cosas, quede satisfecha al ver que a una persona se le imponga una pena correspondiente al delito cometido.

## **1.2. Objetivos**

### **Objetivo General.**

Analizar el poder punitivo del Estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado.

### **Objetivos Específicos.**

- Analizar el poder punitivo del Estado.
- Establecer la importancia de la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado.
- Proponer la mejor alternativa de solución al problema planteado.

## **CAPÍTULO II**

### **METODOLOGÍA**

#### **2.1. Materiales**

- Papel
- Internet
- Carpeta
- Marcadores
- Bolígrafos
- Regla
- Computadora Portátil
- Cuerpos Legales

#### **2.2. Métodos**

##### **Enfoque de la Investigación.**

La investigación en su trabajo acoge el enfoque: crítico – propositivo de carácter cualitativo y cuantitativo; cuantitativo porque se recabará la información que será sometida a análisis estadístico, cualitativo porque estos resultados estadísticos pasarán a la criticidad con soporte del marco teórico.

##### **Modalidades básicas de la investigación**

###### **Investigación bibliográfica**

El estudio bibliográfico dentro de las investigaciones jurídicas - sociales son la parte medular del trabajo, pues en base al análisis de la figura del peculado y del principio de proporcionalidad de la pena, como derecho otorgado por la Constitución de la

república del Ecuador, se podrá interpretar y exponer la problemática en los procesos de peculado.

### **Investigación de campo**

El presente trabajo investigativo utilizó la investigación de campo para determinar las razones por las que el Gobierno por parte de la administración de justicia no aplica correctamente el principio de proporcionalidad de la pena en procesos de delitos de peculado.

### **Nivel o tipo de Investigación**

#### **Investigación Descriptiva**

La investigación descriptiva da a conocer con exactitud las situaciones, costumbres y actitudes predominantes de las actividades, objetos, procesos y personas que dan vida a un fenómeno como el de la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, por lo que no se limita a la recolección de datos, sino a la identificación de las relaciones que existen entre las variables.

### **Población y muestra**

#### **Población**

La presente investigación se encuentra delimitada para la población del cantón Ambato, perteneciente a la provincia de Tungurahua, específicamente a los Jueces de la Unidad Judicial de Garantías Penales de la ciudad de Ambato y Abogados en libre ejercicio profesional, espacio en donde nació el presente tema investigativo; razón por la cual la población es:

## Muestra

Se tomará una muestra de los abogados en libre ejercicio profesional que son 1800, utilizando la siguiente formula, la misma que permitirá determinar el tamaño de la muestra:

Dónde:

n= Tamaño de la muestra

Z= 1.96 (95% de nivel de Confiabilidad)

E=0.05 (5% Margen de Error)

P= 0.05 (50% área bajo la curva)

Q = 0.05 (50% área completa)

$$n = \frac{Z^2 p \cdot q \cdot N}{Ne^2 + Z^2 p \cdot q}$$

$$n = \frac{(1.96)^2 0.5 \cdot 0.5 \cdot 1800}{1800 \cdot 0.5^2 + (1.96)^2 \cdot 0.5 \cdot 0.5}$$

$$n = 316.59$$

$$n = 317$$

## Técnicas e instrumentos

### Encuesta

La encuesta es una técnica de recaudación de búsqueda, para ejecutar este proceso los encuestados, manifiestan por comunicación a interrogaciones transmitidas por comunicado.



La misma que se la realizó a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados en el libre ejercicio de la profesión de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua.

## **CAPÍTULO III**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **3.1. Análisis y discusión de los resultados**

En el presente capítulo se desarrollará el análisis e interpretación de los resultados obtenidos para efectos de cumplir con la metodología propuesta, en la cual se indicará la factibilidad de su realización, en la investigación de campo se utilizó la encuesta que se la realizó a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados en el libre ejercicio de la profesión de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua.

Una vez aplicadas las encuestas se realizará la tabulación respectiva y las demás actividades que este capítulo requiere; para dar mayor significación a la propuesta que pretende establecer como resultado del trabajo.

Una vez realizada la presente investigación de acuerdo a la pregunta número uno, sobre el poder punitivo del Estado las personas dicen conocer la capacidad que tiene el Gobierno, para crear leyes, para modificarlas, para reformar, o realizar una nueva Constitución, siendo el ente encargado de la estructura de las normas reglamentarias del País.

En cambio sobre si el estado maneja de forma adecuada su poder punitivo, consideran que no se lo está haciendo de la manera correcta, porque inclusive durante los últimos cinco años se han creado nuevas leyes las mismas que siguen adoleciendo de muchos errores, como por ejemplo el Código Orgánico General de Procesos, que antes de que sea puesto en vigencia ya sufrió una reforma en su articulado, esto resulta algo inaudito por decir lo menos, porque en base a esta situación se deja ver la ninguna o poca preparación jurídica que tienen las personas encargadas de hacer las nuevas leyes o las reformas respectivos.

Incluso de acuerdo a la materia de investigación que es el Código Orgánico Integral Penal, se manifestaba por parte de quienes lo crearon, y hasta por el entonces Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, que era el mejor Código Penal del mundo y apenas pasó un año de que entró en vigencia, ya sufrió una serie de reformas, esto sucedió el 11 de agosto del año 2015, donde nuevamente se deja ver que los cambios que se realizan lo hacen al apuro o por el momento político que se está viviendo, más no porque exista un estudio serio de las innovaciones o reformas que deben implementarse.

Sobre si se debe cambiar la forma de ejercer el poder punitivo por parte del Estado, la mayoría de las personas consideran que, si se debe hacerlo, porque ya es hora de que el Ecuador realice sus reformas a la Constitución y a las leyes de acuerdo a estudios concienzudos, para no estar a cada momento volviendo a proponer reformas al poco tiempo de haberse aprobado las anteriores.

Referente a la proporcionalidad de la pena si bien es cierto que la mayoría de la gente conoce lo que significa esto, lo que solicitan es que el Gobierno al realizar las reformas respectivas, lo hagan teniendo en cuenta esta situación, porque en la actualidad para delitos leves se han puesto penas exageradas como para el robo, hurto, etc., mientras que para los diferentes delitos en contra de la administración pública, las penas son por decir lo menos exiguas, que no reflejan que se busque proteger los bienes sobre todo económicos del Estado.

En la actualidad la mayoría de la gente conoce en el Ecuador lo que es el delito de peculado, porque es un tema que está en la boca de la mayoría de los ecuatorianos, por los grandes escándalos de corrupción que se han producido durante los últimos doce años en el País. Además porque los casos en vez de disminuir sucede todo lo contrario porque cada semana, cada mes aparece otro escándalo donde están inmersos los políticos que conformaban parte del Gobierno anterior y en la actualidad aparece hasta el nombre del ex Presidente de la República del Ecuador economista Rafael Correa Delgado, contra quien se ha solicitado la prisión preventiva y la alerta roja a la Interpol, para de esta manera poder capturarlo donde

se lo encuentra y sea traído al País, para que responda por los hechos que está siendo juzgado.

Una gran parte de las personas conocen cual es la pena que se le impone a una persona que ha cometido el delito de peculado, sin embargo existe una disconformidad con la misma, porque manifiestan que no refleja la sanción que deben recibir esas personas, por cuanto el daño que realizan lo hacen especialmente a la economía de la Nación, porque los dineros que se han llevado son por millones de dólares americanos, y es como que si no hubiere pasado nada, y dichas personas siguen campantes tanto dentro del Ecuador como en el extranjero.

Más de la mitad de las personas consideran que no existe proporcionalidad en la pena para el delito de peculado, por cuanto siempre hay que ver el daño que se produce y contra quien o quienes se lo comete, en el caso en estudio se demuestra que este delito va en contra de todos los ciudadanos ecuatoriano, porque son todos los que de una u otra manera aportan con el pago de sus impuestos para mantener el erario nacional y no está bien que un poco de gente inescrupulosa venga y se vaya llevando el dinero como que si nada ha pasado.

Es por esta razón que la mayoría de la gente considera que es hora de que el Gobierno tome cartas en el asunto y realicé una reforma en este aspecto aumentando la pena para el delito de peculado y para todos aquellos delitos que afectan a la administración pública, porque solo de esa manera se estaría protegiendo los derechos de la ciudadanía ecuatoriana.

La presente investigación sobre el delito de peculado ha dejado como un nuevo conocimiento ver que quienes conforman el Estado ecuatoriano, deben realizar los correctivos necesarios, para dar seguridad al pueblo, para que no se siga cometiendo este delito de peculado que tanto daño a hecho al Ecuador, porque a nivel mundial está ocupando los primeros lugares en corrupción, por culpa de esta gente inescrupulosa, que solamente piensa en su bien económico y nada más. Que las nuevas leyes como las reformas deben ser proporcionales.

A continuación, se detalla los resultados obtenidos de las encuestas mismas que serán representadas mediante tablas estadísticas, y el respectivo análisis e interpretación de acuerdo a cada pregunta formulada en la encuesta.

**Pregunta 1.** ¿Conoce usted qué es el poder punitivo del Estado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	262	80%
NO	65	20%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 1. Pregunta 1.

Fuente: Encuesta

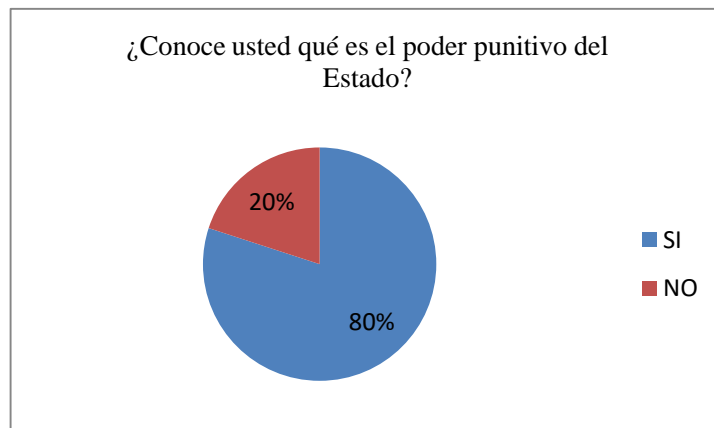


Gráfico 5. Pregunta 1.

## ANÁLISIS

El 80% de los encuestados, esto es, los Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que si conocen qué es el poder punitivo del Estado.

## INTERPRETACIÓN

La mayoría de las personas encuestadas manifiestan conocer el Poder Punitivo que tiene el Estado para crear, reformar las leyes, siendo el ente controlador para que esto sucede por intermedio de varias Instituciones entre ellas la Asamblea Nacional.

**Pregunta 2.** ¿Cree usted que el Estado ejerce su poder punitivo de manera adecuada?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	131	40%
NO	196	60%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 2. Pregunta 2.

Fuente: Encuesta

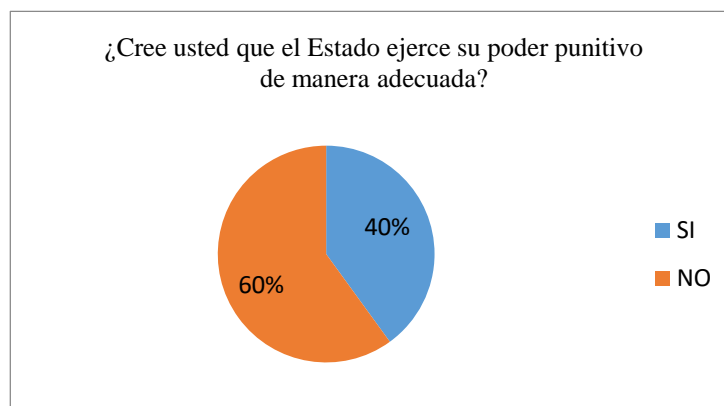


Gráfico 6. Pregunta 2.

## ANÁLISIS

El 40% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que si saben que el Estado ejerce su poder punitivo de manera adecuada.

## INTERPRETACIÓN

Menos de la mitad de las personas encuestadas consideran que el Estado maneja de forma adecuada su poder punitivo, lo que demuestra su descontento por lo que se ha venido haciendo los últimos años, donde para delitos menores se incrementaron las penas y para los más graves no se aumentó las sanciones.

**Pregunta 3.** ¿Considera usted que se debe cambiar la forma de ejercer el poder punitivo por parte del Estado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	213	65%
NO	114	35%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 3. Pregunta 3.

Fuente: Encuesta

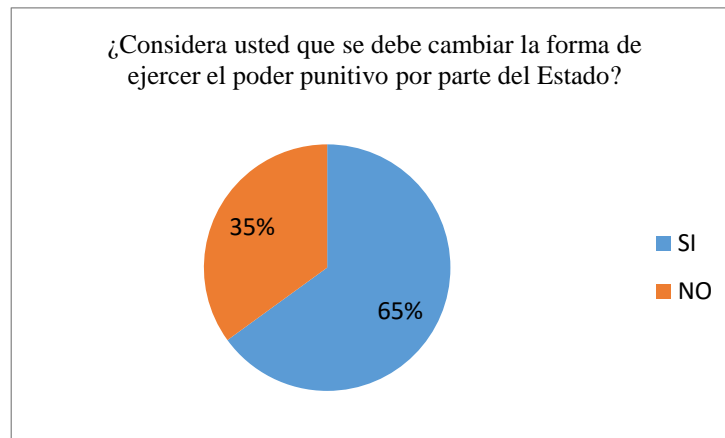


Gráfico 7. Pregunta 3.

## ANÁLISIS

El 65% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que consideran que si se debe cambiar la forma de ejercer el poder punitivo por parte del Estado.

## INTERPRETACIÓN

Una gran parte de las personas encuestadas consideran que se debe cambiar por parte del Estado su forma de ejercer el poder punitivo, porque ya es hora de que se hagan cambios sustanciales en el Código Orgánico Integral Penal, para que las sanciones que se impongan, defiendan los derechos de los ciudadanos ecuatorianos.



**Pregunta 4.** ¿Sabe en qué consiste la proporcionalidad de la pena?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	278	85%
NO	49	15%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 4. Pregunta 4.

Fuente: Encuesta

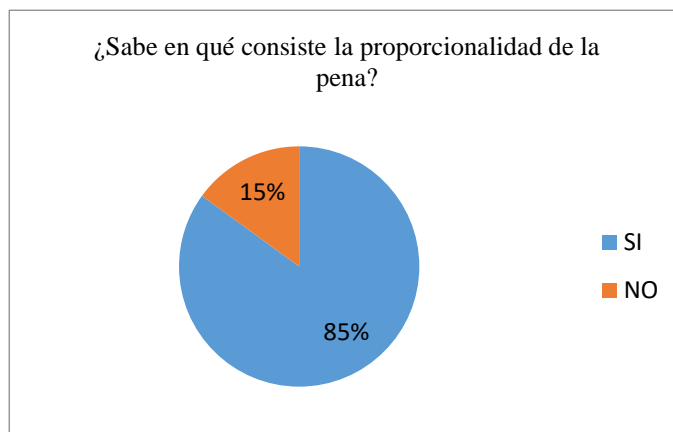


Gráfico 8. Pregunta 4.

## ANÁLISIS

El 85% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que saben en qué consiste la proporcionalidad de la pena.

## INTERPRETACIÓN

De las personas encuestadas la gran mayoría conocen o saben que es la proporcionalidad de la pena, lamentablemente a pesar de esto por muchos años debido al temor que tenían al Estado, no lo decían abiertamente como hoy, porque creen que en la actualidad si se pueden realizar cambios en la normativa penal, imponiendo penas más justas y equitativas.

**Pregunta 5.** ¿Conoce usted qué es el delito de peculado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	229	70%
NO	98	30%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 5. Pregunta 5.

Fuente: Encuesta

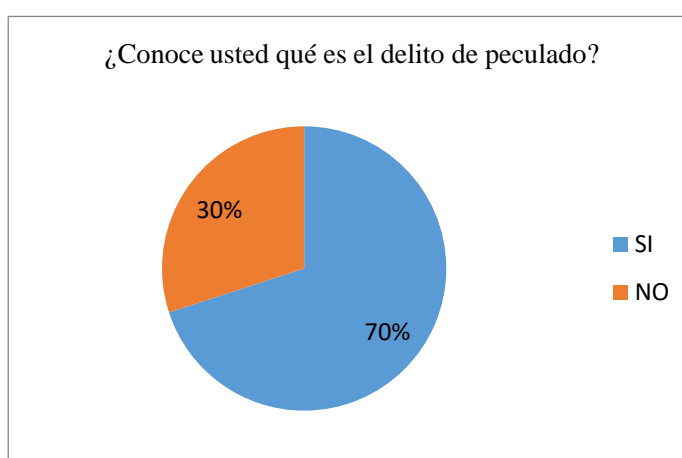


Gráfico 9. Pregunta 5.

## ANÁLISIS

El 70% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que conocen qué es el delito de peculado.

## INTERPRETACIÓN

Un buen número de las personas encuestadas manifiesta conocer lo que significa el delito de peculado y esto lo han dicho abiertamente porque en la actualidad a diario observan en los periódicos, como en los noticieros televisivos y escuchan en las radios, que autoridades del Gobierno anterior han cometido esta clase de delito y por esta razón están siendo investigados en unos casos, en otros procesados, inclusive el Ex Vicepresidente de la república del Ecuador fue sentenciado.

**Pregunta 6.** ¿Sabe usted cuál es la pena máxima para el delito de peculado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	196	60%
NO	131	40%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 6. Pregunta 6.

Fuente: Encuesta

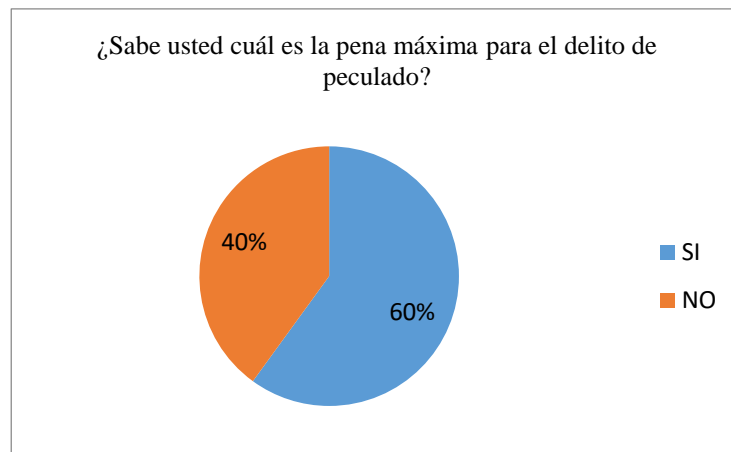


Gráfico 10. Pregunta 6.

## ANÁLISIS

El 60% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que si saben cuál es la pena máxima para el delito de peculado.

## INTERPRETACIÓN

Un poco más de la mitad de las personas encuestadas manifiestan conocer cuál es la pena máxima que se impone a los procesados por el delito de peculado, sin embargo no están de acuerdo con la misma por el daño que se causa a la economía del Estado y muchas de las veces no se recuperada el dinero que se han llevado.

**Pregunta 7.** ¿Considera usted que existe proporcionalidad en la pena para el delito de peculado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	147	45%
NO	180	55%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 7. Pregunta 7.

Fuente: Encuesta

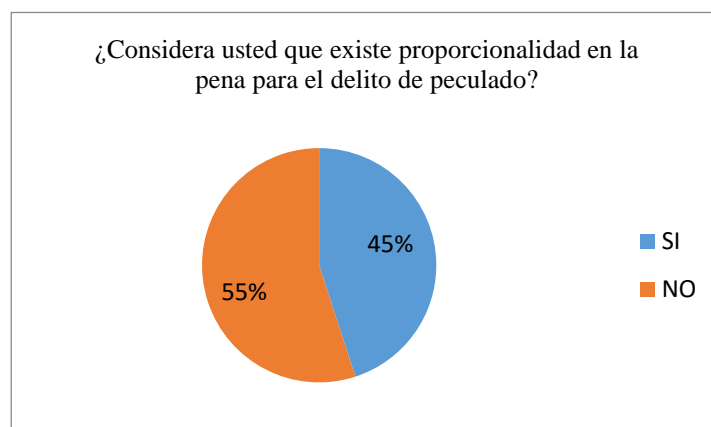


Gráfico 11. Pregunta 7.

## ANÁLISIS

El 45% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que consideran que sí que existe proporcionalidad en la pena para el delito de peculado.

## INTERPRETACIÓN

Menos de la mitad de las personas que han sido encuestadas manifiestan que si existe proporcionalidad en las sanciones para el delito de peculado, por lo que el Gobierno y las autoridades correspondientes deben hacer algo al respecto, para que la población se sienta protegida contra las personas que cometen esta clase de delito.

**Pregunta 8.** ¿Cree usted que debería aumentarse la pena por delito de peculado?

	ENCUESTADOS	
RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	278	85%
NO	49	15%
<b>TOTAL</b>	<b>327</b>	<b>100%</b>

Cuadro N° 8. Pregunta 8.

Fuente: Encuesta

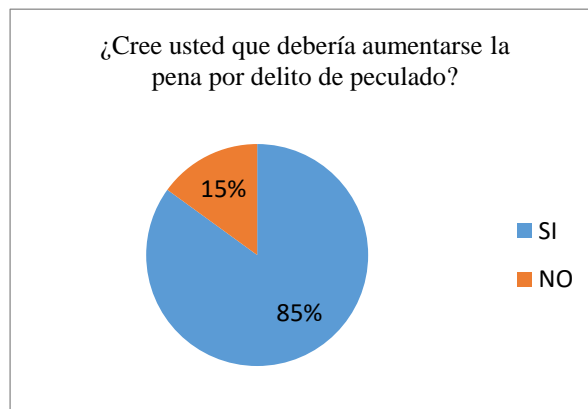


Gráfico 12. Pregunta 8.

## ANÁLISIS

El 85% de los encuestados, esto es, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, han manifestado que si cree que debería aumentarse la pena por delito de peculado

## INTERPRETACIÓN

Como se puede observar una gran mayoría de las personas que han sido encuestadas están de acuerdo en que se debería aumentar la sanción por el delito de peculado, debido a que es un delito que se comete en contra de los dineros del estado, siendo perjudicados todos los ciudadanos ecuatorianos.

### 3.2. Verificación de la hipótesis

#### Planteo de hipótesis

#### Modelo lógico

Ho: El poder punitivo del Estado no influye en la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado

H1: El poder punitivo del Estado si influye en la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado

#### Regla de Decisión

$$1 - 0,05 = 0,95$$

$$gl = (c - 1)(f - 1)$$

$$gl = (2 - 1)(2 - 1)$$

$$gl = 1$$

#### Donde,

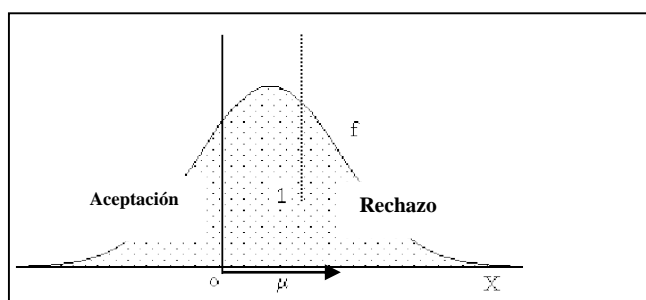
**gl** = grados de libertad

**c**= número de columnas

**f**= número de filas

Chi Tabla  $X^2$  t= 3,84

Se acepta la hipótesis nula si el valor de chi-cuadrado a calcularse es menor o igual a 3,84 con un alfa de 0.05 y 1 grado de libertad.



3,8

Se toma como base las preguntas 1 y 5 de la encuesta realizada los Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales y Abogados del cantón Ambato, cuyos resultados son:

**Pregunta 1.-** ¿Conoce usted qué es el poder punitivo del Estado?

**Respuestas:**

**SI:** 262

**NO:** 65

**Pregunta 7.-** ¿Considera usted que existe proporcionalidad en la pena para el delito de peculado?

**Respuestas:**

**SI:** 147

**NO:** 180

**Frecuencias observadas y esperadas**

		¿Considera usted que existe proporcionalidad en la pena de peculado?		Total
		SI	NO	
¿Conoce usted qué es el poder punitivo del Estado?	SI	Recuento 147	115	262
		Frecuencia esperada 117,8	144,2	262,0
	NO	Recuento 0	65	65
		Frecuencia esperada 29,2	35,8	65,0
<b>Total</b>	<b>Recuento</b> <b>147</b>	<b>180</b>	<b>327</b>	
	<b>Frecuencia esperada</b> <b>147,0</b>	<b>180,0</b>	<b>327,0</b>	

Cuadro N° 9. Frecuencias observadas y esperadas.  
Fuente: Encuesta

### Cálculo Chi Cuadrado

O	E	O-E	(O-E) <sup>2</sup>	(O-E) <sup>2</sup> /E
147	117.80	29.20	852.64	7.24
0	29.20	-29.20	852.64	29.20
115	144.20	-29.20	852.64	5.91
65	35.80	29.20	852.64	23.82
Chi Cuadrado (X <sup>2</sup> )				<b>66.17</b>

Cuadro N° 10. Cálculo Chi Cuadrado  
Fuente: Encuesta

### Decisión Final

En vista que el valor de chi cuadrado calculado ( $x^2$ ) es igual a **66.17**, esto es que, es mayor a t de tabla ( $t_r$ ) +/- 3,84 por lo tanto, se acepta la hipótesis alternativa y se rechaza la hipótesis nula con un  $\alpha$  de 0,05 y 54 grados de libertad, esto significa que, “El poder punitivo del Estado influye en la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado”.



## CAPÍTULO IV

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 4.1. Conclusiones

- Que la mayoría de las personas conocen lo que es el poder punitivo del Estado, sin embargo, no están de acuerdo en la forma como se lo ha ejercido hasta la presente fecha, porque siempre se lo hace de acuerdo a los intereses del Gobierno de turno, quienes crean leyes para su protección personal, así como la de sus colaboradores.
- Así como también conocen lo que es la proporcionalidad de la pena, lamentablemente dicen que esto no se aplica para los delitos que cometen especialmente los funcionarios públicos, a quienes se los busca proteger de cualquier manera para que no respondan por sus delitos y que en los últimos años se ha visto como varios funcionarios del Gobierno del Economista Rafael Correa Delgado, están siendo sujetos de investigaciones, además otros como el ex vicepresidente de la república del Ecuador Jorge Glas se encuentra sentenciado, así como el Ex Ministro Pareja Diezcanseco y otros.
- Igualmente conocen lo que es un delito de peculado, y consideran que las penas son muy bajas y que el Estado debe hacer los cambios necesarios para que no se siga cometiendo éste delito, que ha causado graves problemas financieros al Ecuador, especialmente en los últimos doce años donde el País estaba gobernado por el Economista Rafael Correa Delgado y se han visto gravísimos casos de peculado en diferentes obras que realizó el Gobierno especialmente, siendo la principal empresa en cometer este delito ODEBRECHT.
- Que el delito de peculado se ha cometido en diferentes obras realizadas años atrás por el Gobierno ecuatoriano como las hidroeléctricas, las represas, los

- embalses de varias provincias, las refinerías de Esmeraldas, del Pacífico, Inapapers, diezmos, etc.

#### **4.2. Recomendaciones**

- Es hora de que el Gobierno de turno realice una reforma al Código Orgánico Integral Penal, para que la pena para el delito de peculado se aumente proporcionalmente, debido a que el daño que se causa es muy perjudicial para la economía del País, es por ello que las penas establecidas en el Art. 278, deben reformarse, para que ninguna otra persona piense en cometer el delito de peculado.
- Se debe implementar por parte del Gobierno ecuatoriano una verdadera política de concientización tanto en los servidores públicos, como a sus Ministros, Secretarios, Subsecretarios, etc., que el servicio público se lo debe realizar con honestidad, respetando y trabajando con ética en su labor diaria, para no caer en la tentación de cometer el delito de peculado.
- Además, se debe implementar un órgano de control eficiente, que vigile, controle y denuncie estos abusos por parte de empleados del Gobierno, que lo único que hacen es enriquecerse a costillas del pueblo ecuatoriano. En la actualidad son considerados los nuevos ricos y hay que luchar contra esa corrupción, primeramente, juzgándolos y luego haciéndoles devolver todo el dinero que se han llevado.
- Que el Gobierno no debe meter las manos en la justicia y eso solamente se lo puede hacer dejando en libertad a los Fiscales para que realicen una investigación seria, veraz, consciente, sin presiones de ninguna clase, para en base a ello acusar o no a una persona del cometimiento de un delito contra la administración pública, De igual manera dejar a los Jueces que sean ellos quienes dicten sus sentencias acorde al convencimiento que las partes le han dado dentro de la audiencia de juzgamiento, evitando de esta manera la intromisión en la justicia, porque hoy se está viendo la serie de componendas

que se han utilizado para conseguir sancionar a gente inocente en varios casos.

## **Bibliografía**

- 1.-Alexy, R. (2009). *La fórmula del peso, en El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional.*
- 2.-Alexy, R., Bernal Pulido, C., Moreso, J., Prieto Sanchís, L., Clérico, L., Villaverde Menéndez, I., . . . Ávila Santamaría, R. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Quito: V&M Gráficas .
- 3.-Beccaria, C. (1983). *De los delitos y de las penas.* Barcelona: Bruguera.
- 4.-Carbonell, M. (2007). *El principio de Proporcionalidad Constitucional.* Madrid: Trotta.
- 5.-Cornejo Aguiar, J. S. (28 de abril de 2016). *Principio de Proporcionalidad y Principio de Legalidad de la Pena.* Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/principio-de-proporcionalidad-y-principio-de-legalidad-de-la-pena>
- 6.-Corporación. (2014). *Código Orgánico Integral Penal .* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 7.-Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 8.-Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2007). *Sentencia Caso de la Masacre de La Rocha en contra de Colombia.*
- 9.-Creus, C. (1998). *Derecho Penal Parte Especial Tomo II.* Buenos Aires: Editorial Astrea.
- 10.-Cruz y Cruz, E. (2011). *Teoría de la ley penal y del delito.* México D.F.: IURE editores.
- 11.-Cueva Carrión, L. (2006). *Peculado: Un delito contra la Administración Pública.* Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- 12.-Dona, E. (2000). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores.
- 13.-Feijoó Sánchez, B. (2000). Judicial de la Pena y Teoría de la Pena proporcional al Hecho. *Revista Peruana de Ciencias Penales.* N° 23, 199.

- 14.-Feijóo Sánchez, B. (2007). *RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN GENERAL un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- 15.-Ferreira Delgado, F. (2003). *Derecho Penal especial*. . Bogotá: Temis.
- 16.-Flores Uzcátegui, G., & García Falconí, J. (2012). *Manual de Practicas Procesal en los Juicios*. Quito.
- 17.-Foucault, M. (2003). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo veintiuni editores Argentina.
- 18.-Fuentes Cubillos, H. (2014). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. *REVISTA IUS ET PRAXIS* N° 2, 19.
- 19.-García Falconí, J. (26 de noviembre de 2012). *LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-de-las-penas>
- 20.-Gonzalez, R. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <https://argentina.leyderecho.org/poder-punitivo/>
- 21.-Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. (1984). *Diccionario Jurídico Mexicano*. Mexico D.F.: Universidad Autonoma de México.
- 22.-Jakobs, G., & Cancio Melía, M. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- 23.-Jiménez de Asúa, L. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. México D.F. : Jurídica Universitaria.
- 24.-Mir Puig, S. (2003). *Introduccion alas bases del derecho penal*. Montevideo: B y F.
- 25.-Ossorio, M. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- 26.-Pacheco Osorio, P. (1976). *Derecho Penal Especial tercera edición actualizada*. Bogotá: Temis.
- 27.-Peña Ossa, E. (1986). *Estudio del peculado*. Méxido D.F.: Librería Jurídicas Wilches.

- 28.-Rodríguez Martínez, C. (2017). *El Principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora en ex ante de las leyes en Colombia*. Santa Marta: Unimagdalena.
- 29.-Rojas, I. Y. (7 de noviembre de 2016). *LA PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS* . Obtenido de [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7\\_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf)
- 30.-Silva Sanchez , J. M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* N°2, 15.
- 31.-Silva Sánchez, J. (2007). *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. Barcelona: Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.
- 32.-Valarezo, M. (2012). *Proporcionalidad entre Penas y Delitos*. Quito.
- 33.-Villegas, R. (1994). *El Delito de Peculado*. Quito.
- 34.-Zaffaroni , E. (2011). *Estructura básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- 35.-Zaffaroni, E. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Temis.
- 36.-Zaffaroni, R. (2014). *Descolonización Poder Punitivo*. Guayaquil: Murillo Editores.

## Anexos

### Anexo 1.



## ENCUESTA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**TEMA:** “EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA PARA EL DELITO DE PECULADO”.

**OBJETIVO:** ANALIZAR LA TIPIFICACIÓN PARA EL DELITO DE PECULADO Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.

**INSTRUCCIONES:** Conteste con una X la respuesta correcta

	CUESTIONARIO	SI	NO
1.	¿Conoce usted qué es el poder punitivo del Estado?		
2.	¿Cree usted que el Estado ejerce su poder punitivo de manera adecuada?		
3.	¿Considera usted que se debe cambiar la forma de ejercer el poder punitivo por parte del Estado?		
4.	¿Sabe en qué consiste la proporcionalidad de la pena?		
5.	¿Conoce usted qué es el delito de peculado?		
6.	¿Sabe usted cuál es la pena máxima para el delito de peculado?		
7.	¿Considera usted que existe proporcionalidad en la pena para el delito de peculado?		
8.	¿Cree usted que debería aumentarse la pena por delito de peculado?		

Lea detenidamente cada pregunta

¡GRACIAS POR SU COLABORACIÓN...!!!!

## **Anexo 2. Sentencia caso Ing. Jorge David Glas Espinel ex Vicepresidente del Ecuador.**

Quito, lunes 10 de junio del 2019, las 10h35, VISTOS: PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales El doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional de Garantías Penales, en audiencia de formulación de cargos realizada el día miércoles 13 de marzo del 2019, a las 12h00, por el presunto delito de peculado resolvió ordenar la prisión preventiva en contra Jorge David Glas Espinel y otro. Inconforme con la decisión dictada por el Juez Nacional de Garantías Penales, el señor Jorge David Glas Espinel interpuso recurso de apelación a la prisión preventiva, lo cual es motivo de la presente audiencia. SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador CRE y 183 del Código Orgánico de la Función Judicial COFJ, emitió la Resolución No. 209-2017, por medio de la cual renovó un tercio de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, designó a los siete jueces quienes reemplazaron en sus funciones a los salientes y aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en los artículos 186.3 y 192.2 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de apelación dentro de las causas que se sigan contra las personas sujetas a fuero de Corte Nacional, y los demás imputados en la misma causa, en concordancia con el artículo 168.2 ibídem. Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17721-2019-00002, al Tribunal integrado por la doctora Daniela Camacho Herold, Juez Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional. El día de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, por licencia concedida a la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; integraron el tribunal en su lugar los doctores Marco Maldonado Castro y David Jacho Chicaiza, Conjueces Nacionales, respectivamente; de conformidad con el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud de los oficios No. 735 y 737-SG-CNJ-ROG de 02 y 06 de mayo de 2019, suscritos por la doctora María Rosa Merchán Larrea, Presidente subrogante de la

Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Conocida la integración del Tribunal por los sujetos procesales, no se ha impugnado la competencia del mismo, ni la de quienes lo integramos. Atento el estado de la causa, se considera: TERCERO.- Validez procesal Por la fecha que inició el proceso, 13 de marzo de 2019 con la audiencia de formulación de cargos, corresponde aplicar el régimen procesal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de apelación en audiencia oral, pública y de contradictorio. El recurso de apelación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 653 y 654 del COIP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de apelación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa. El recurso es válido y así se lo declara. CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso 4.1. Fundamentación del recurso de apelación.- el abogado Harrison Salcedo Mena, en representación del procesado recurrente, Jorge David Glas Espinel, en lo principal reclamó: 4.1.1. El día de la audiencia de formulación de cargos, la entonces Fiscal General del Estado (encargada) no fundamentó debidamente su pedido de la medida cautelar de prisión preventiva en contra de Jorge David Glas Espinel y Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, en relación al número 3 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, pues apenas se tomó diez segundos, expresando que solicitaba la misma ya que “no nos queda” pues los referidos ciudadanos ya se encuentran privados de su libertad por otras causas. 4.1.2. No es necesaria una medida cautelar privativa de libertad porque no se cumplen los principios de proporcionalidad y de necesidad, si la persona ya está privada de su libertad no es necesario dictar otra medida; la prisión preventiva es de última ratio, es excepcional. 4.1.3. Del artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende la obligación Estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel impedirá el desarrollo eficiente de la investigación, ni eludir la acción de la justicia; si la persona ya estaba privada de la libertad no podía eludir la justicia, cómo puede entorpecer o limitar la investigación de la Fiscalía o intimidar a las partes o destruir las evidencias. 4.1.4. El poder judicial debe ejercer una especie de control de



convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, sus fallos y jurisprudencia, a fin de que guarden armonía. 4.1.5. No se tomó en cuenta otras medidas como solicitó la defensa en función del artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, esto es la prohibición de salida del país y el reporte periódico que se puede presentar ante la autoridad. 4.1.6. Se ha atentado contra la libertad personal del recurrente. 4.1.7. Solicitó que se revoque la orden de prisión preventiva. 4.2. Contestación del recurso de apelación.- La Fiscal General del Estado, doctora Diana Salazar Méndez, en lo sustancial: 4.2.1. La fundamentación de la formulación de cargos se realizó en dos horas no en diez segundos como alegó la defensa del recurrente, en donde se expuso también el cumplimiento de los requisitos de la prisión preventiva. 4.2.2. Los elementos del artículo 534 del COIP fueron “absolutamente justificados”, realizó un relato de los fundamentos expuestos por su antecesora en la audiencia de formulación de cargos, respecto de cada uno de los numerales del artículo referido. 4.2.3. Sobre el numeral tres, que fue el único reprochado por el recurrente, expresó que las medidas cautelares no privativas de libertad no son suficientes siendo necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena, pues “es público y notorio que el ahora procesado Ing. Jorge David Glas Espinel se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad”. 4.2.4. Agregó que el artículo 522 establece seis medidas cautelares, y que solamente la prisión preventiva es posible, pues se encuentra privado de su libertad por otra causa, que no se debe confundir con la presente, “si se resuelve la situación jurídica del señor Jorge David Glas Espinel, el día de mañana, el Estado Ecuatoriano, la justicia no estaría garantizada que pueda presentarse a las demás etapas procesales en ese caso en el caso singular en donde el perjuicio es de veintiocho millones de dólares”. 4.2.5. Tanto el señor Jorge David Glas Espinel (hoy recurrente como el señor Carlos Pareja Yannuzzelli, se encuentra en las mismas condiciones por lo que también se le aplicó la medida de prisión preventiva. 4.2.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la medida cautelar debe cumplir con tres principios básicos: 1.- Principio de Legalidad.- la prisión preventiva debe estar contemplada en las leyes internas de un Estado, lo cual se cumple ya que está establecida en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal. 2.- Principio de Proporcionalidad.- se debe tomar en cuenta el delito por el cual está procesado el

recurrente y la duración que puede tener la prisión preventiva, para ponderar los tiempos de privación de libertad y concluir si es o no proporcional la medida; en el Ecuador, la prisión preventiva tiene un tiempo máximo de duración de hasta un año y el delito por el cual está siendo procesado el recurrente tiene una amenaza de pena de hasta doce años, por lo que la prisión preventiva es proporcional al hecho que se investiga. 3.- Principio de Necesidad.- Exige, que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido esto es la (libertad), el señor Jorge Glas se encuentra privado de la libertad y ninguna medida cautelar disminuiría la gravedad de su estatus, por lo que el principio de necesidad se cumple. 4.2.7. La prisión preventiva, es legítima al cumplir con estándares legales del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano y por estar en armonía a los desarrollos jurisprudenciales de la CIDH. 4.2.8. Solicitó que se rechace el recurso de apelación interpuesto por el recurrente. 4.3. Contestación del recurso de apelación.- la abogada Nathaly Cevallos Pachacama, delegada de la Procuraduría General del Estado, señaló: 4.3.1. La Fiscalía sustentó cada uno de los elementos que llevaron al pedido de prisión preventiva, la misma que fue ordenada por el Juez Nacional de Garantías Penales, de manera motivada. Que hay indicios de la existencia de la infracción, del perjuicio al estado y de la participación del recurrente. La Procuraduría en calidad de víctima busca poder recuperar los fondos del Estado y por tanto apoya la postura de la Fiscalía General del Estado. Solicita se rechace el recurso de apelación propuesto y se confirme la medida dictada por el doctor Iván Saquicela Rodas. 4.4. Contestación del recurso de apelación.- el abogado Wilson Guillermo Espín Rosales, delegado de la Contraloría General del Estado: 4.4.1. Relató la actividad de la Contraloría en los antecedentes del caso, sin responder al reproche del recurrente; se opone al recurso, considera que el señor Jorge Glas se encuentra privado de libertad por otra causa independiente a esta y es en esta causa en la que se debe asegurar su presencia al proceso. Solicita que se rechace el recurso de apelación planteado en contra del auto de prisión preventiva. 4.5. En réplica, la defensa del recurrente, expresó: 4.5.1. Insiste en que el objeto de su reproche es el numeral 3 del artículo 534, que en relación a los numerales 1, 2 y 4, sobre los cuales “esta defensa no tiene nada que decir absolutamente nada”. Que es respecto al requisito de necesidad de la prisión preventiva la que no se fundamentó, siendo expuesta solamente en pocos segundos. 4.5.2. En esta audiencia la Fiscal ha sido un poco más técnica cuando dice que no se

dictó la prisión preventiva a todos los procesados. Sin embargo, si todos cumplían los requisitos, porque no se dictó la misma medida a todos, ¿” cómo se justifica que los demás se vayan tranquilos y tengan medidas alternativas”? 4.5.3. Se vulnera el principio de presunción de inocencia, porque Jorge Glas Espinel no tiene sentencia ejecutoriada y se ha dicho que ya se encuentra cumpliendo la pena; si el día de mañana recupera su libertad por orden de otra causa, significa que ésta sí le privó de libertad de manera injusta e injustificada. QUINTO.- Análisis del Tribunal de Apelación. 5.1. Naturaleza y fines del recurso de apelación El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo. En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico. El derecho a la defensa es uno de las garantías del debido proceso, y una de sus expresiones es el derecho a recurrir las decisiones judiciales, que se expresa y reconoce con la posibilidad de medios de impugnación y se ejerce con la proposición de los mismos, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial en interés de la seguridad jurídica. Uno de los dispositivos de impugnación ordinaria es la apelación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando una de las partes procesales se encuentra inconforme con la decisión judicial de primera instancia, y solicita que otro órgano jurisdiccional superior, revise la sentencia en atención de sus pretensiones, y de considerarla injusta, la revoque o enmiende. En este sentido, la apelación es una expresión del derecho a recurrir; es el medio de impugnación más amplio, pues permite al tribunal que lo conoce la revisión integral de la decisión reprochada, de las cuestiones de hecho y de derecho, tanto sustantivo como procesal, que hayan sido discutidas durante el proceso, y las conclusiones arribadas por el A quo. Con la posibilidad del ejercicio del derecho a la impugnación en materia penal, a través del recurso de apelación, se respeta lo

dispuesto en los artículos 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se da cumplimiento con la norma del artículo 76.7.m) Constitución de la República del Ecuador; en garantía de los derechos humanos de las personas sometidas al poder punitivo del Estado. Sobre el derecho a la impugnación la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, ha establecido que: constituye trasgresión a los derechos humanos obstaculizar el ejercicio de mecanismos de impugnación; el Estado tiene la obligación de prever recursos que garanticen de manera efectiva los derechos de la persona; la sustanciación de los recursos debe atenerse al debido proceso; con el ejercicio del derecho a la impugnación, mediante un recurso que permita la revisión íntegra del fallo condenatoria, garantiza el derecho a la doble conformidad judicial, así como los derechos a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva de los derechos. El derecho a impugnar cobra mayor importancia tratándose de decisiones judiciales en las que se condena a una persona o se restringe su derecho a la libertad, y su oportuno respeto es trascendental en cumplimiento con las obligaciones convencionales del Estado, no hacerlo, acarrearía responsabilidad internacional ante la vulneración de un derecho fundamental. Respecto a este derecho, la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, sobre la justicia y el derecho a recurrir, en sentencia 035-10-SEP-CC, dictada en el caso 0261-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de octubre de 2010, dijo: “De esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, debe ser entendido como el derecho de toda persona 'a que se le haga justicia', mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: 'a) A concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado[...]; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (in dubio pro actione); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A petitionar y obtener tutela cautelar

para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada'. Bajo estos enunciados, el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho constitucional, será tal si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones, y previo a dictar sentencia ha observado un proceso debido, garantizando a las partes su derecho a la defensa. En otras palabras, este derecho se verá vulnerado siempre que no concurren en el proceso los siguientes contenidos básicos: a) Derecho de acceso a la jurisdicción y derecho a una resolución fundada sobre el fondo del asunto; b) motivación de las resoluciones judiciales; c) derecho a los recursos; d) derecho a la ejecución de sentencias.” En sentencia 008-13-SCN-CC, el referido órgano constitucional, expuso: “La facultad para recurrir un fallo procede del mandato de la Constitución que dota a los procesos judiciales de pluralidad de instancias. Como todo medio impugnatorio, para que pueda ser admitido, tramitado y resuelto debe cumplir con ciertos requisitos: 1. Que la resolución sea recurrible, es decir, por regla las resoluciones o fallos puedan ser impugnables. Que a criterio de las partes procesales o una de ellas, la resolución o el fallo del juez les haya causado un grave perjuicio. Para ello, es un requisito básico que la parte procesal que impugna la decisión demuestre que efectivamente sus derechos e intereses han resultado afectados total o parcialmente y no solo que la decisión le es desfavorable, puesto que es deber del recurrente fundamentar y motivar adecuadamente su recurso. Pero este requisito no solo puede referirse a las situaciones o expectativas de las partes en cuanto a sus derechos o intereses legítimos derivados de la relación jurídica creada por el proceso, sino también puede estar relacionada con las situaciones y expectativas de quienes actúan formalmente en el juicio, por mandato legal (juez, abogados, Fiscalía y Defensoría Pública, según el caso); y, 2. Que la resolución no sea firme o que no tenga el efecto de cosa juzgada. [...]” De lo citado se desprende, dos elementos importantes: Se entiende que el derecho a impugnar corresponde a los sujetos procesales, solo las partes procesales

pueden accionar los mecanismos de impugnación ordinarios, estos no caben de oficio. De conformidad con nuestro régimen constitucional y legal, el derecho a impugnar está reconocido y es directamente exigible y aplicable en el Ecuador, a través de los medios y requisitos previstos en la ley, esto es el COIP. Por lo anotado, en el conocimiento y resolución de este recurso ordinario, corresponde a este Tribunal de Apelación analizar la sentencia recurrida, en atención a los reproches realizados por el recurrente, a fin de determinar si esta ha sido dictada conforme a derecho y a la verdad procesal, a través de la revisión de las cuestiones de hecho y derecho debatidas el proceso, lo que implica garantizar la legalidad, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

5.2. Sobre el problema jurídico Entre sus reclamos, reprochó de falta de motivación en la exposición de la Fiscalía. Tomando en cuenta que este medio de impugnación tiene como objeto de análisis la decisión judicial que respondió a los argumentos de los sujetos procesales, y no a estos últimos en sí mismos; resulta irrelevante para los fines del recurso de apelación, que es la revisión de la legalidad y acierto de la decisión judicial impugnada, un cargo que ataca a un elemento que no es, en este caso, la orden del juez de prisión preventiva. En lo demás, el recurrente alegó únicamente que no se cumplió el requisito previsto en el numeral 3 del artículo 534, que establece: “Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena”. Reclama que no se cumplió con este requisito pues se vulneraron los principios de proporcionalidad y necesidad por ya estar privado de la libertad por otra causa; que no se cumple con el principio de igualdad, pues a otros procesados por la misma causa se les impuso medidas cautelares no privativas de libertad; no cumple con parámetros internacionales y por tanto no se realizó un control de convencionalidad; y, se vulnera el principio de presunción de inocencia. En virtud de las alegaciones planteadas por la defensa técnica del recurrente, Este Tribunal de Apelación considera que su impugnación se sustenta en lo principal el siguiente problema jurídico: La insuficiencia de las medidas cautelares no privativas de libertad y la necesidad de la prisión preventiva en contra del señor Jorge Glas Espinel. Para resolver el problema planteado, y tomando en cuenta el orden jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico es necesario, referirse en primer lugar a los estándares constitucionales e internacionales sobre la prisión preventiva, para

posteriormente analizar la orden de prisión preventiva impugnada respecto a cada uno de los cargos expuestos por el recurrente. 5.2.1. Los estándares constitucionales e internacionales sobre la prisión preventiva. El artículo 77.1 de la Constitución de la República del Ecuador, establece el carácter excepcional de la prisión preventiva al vedarla como regla general y únicamente con las finalidades de “garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena”. En el número 9 del artículo constitucional antes referido, establece los límites temporales de la prisión preventiva (“no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión”), la responsabilidad de los jueces al ordenar o permitir que la medida dure más allá de los plazos fijados constitucionalmente, así como la consecuencia de suspensión de referidos plazos, cuando el retardo del proceso es imputable a la persona procesada o de la responsabilidad como falta gravísima de los funcionarios públicos que hayan provocado por acción u omisión su caducidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 7.5, establece la posibilidad de condicionar el derecho a la libertad personal como garantía para la comparecencia de la persona procesada al juicio, finalidad que coincide con la norma constitucional revisada: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal [...] 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.” (el énfasis nos corresponde). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, establece la excepcionalidad de la prisión preventiva y su finalidad como garantía de la comparecencia del procesado al juicio y a la ejecución del fallo: “Artículo 9 [...] 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso,

para la ejecución del fallo.” (El énfasis nos corresponde). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ha desarrollado el carácter excepcional de la prisión preventiva, que se expresa en los límites fijados por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, así como su naturaleza no punitiva, en los siguientes términos: “74. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. 75. Igualmente, el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida.” En cuanto al principio de legalidad como límite de la prisión preventiva, la misma Corte IDH estableció, que implica el cumplimiento de los requisitos establecidos previamente en la Constitución y la ley, tan concretamente como sea posible en cuanto a las causas y condiciones de la prisión preventiva. “116. El artículo 7.2 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Este Tribunal ha señalado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y “de antemano” en dicho ordenamiento en cuanto a las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana<sup>123</sup>, a la luz del artículo 7.2.” En cuanto al principio de presunción de inocencia y su relación con la prisión preventiva, la Corte IDH, estableció en primer lugar el carácter no punitivo de la medida cautelar, por lo tanto, en sí no trasgrede este principio; sin embargo, cuando la prisión preventiva restringe la libertad del procesado rebasando su finalidad constitucional y convencionalmente aceptada, esto es la de “asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de



la justicia” o cuando resulta desproporcional o excede su plazo máximo, cuando la responsabilidad penal no ha sido establecida, equivaldría a anticipar la pena, tornándose en arbitraria la privación de libertad y en una vulneración el principio de presunción de inocencia: “111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.” “77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.” En relación al principio de necesidad de la prisión preventiva, estableció que el incumplimiento del mismo torna en arbitraria la privación de libertad, además ha fijado los parámetros para

determinar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida; así como la revisión periódica de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción: “120. Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que su finalidad sea compatible con la Convención, como lo es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; iv) que sean estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; v) cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. 121. Cabe señalar ahora que una detención o prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe. 122. Son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia y que sea proporcional. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe

mantenerse. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la detención no debe exceder el límite de lo razonable conforme el artículo 7.5 de la Convención.” (El énfasis nos corresponde). Sobre el principio de proporcionalidad, la Corte IDH ha establecido que si bien la prisión preventiva puede ser legal, para ser legítima debe ser razonable y proporcional, en caso contrario resulta arbitraria; además la proporcionalidad. “66. El artículo 7.3 de la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. Además, la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido. [...] 68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.” La ex Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 001-18-PJO de 20 de junio de 2018, en el caso No. 0421-14-JH, sobre la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal, expresó: “31. Ahora bien, así como el Estado es responsable de respetar y garantizar el ejercicio pleno del derecho a la libertad a través de sus instituciones, y por ende, sancionar a través de sus órganos jurisdiccionales toda restricción o vulneración del mismo; no es menos cierto que, esta obligación es de doble vía, pues, al no ser la libertad un derecho de ejercicio absoluto, es susceptible de limitaciones. Así, los organismos públicos, en el ejercicio de sus competencias relacionadas con la labor de precautelar el orden público y mantener la armonía social y en el ejercicio del poder punitivo, están facultados para establecer las limitaciones que sean estrictamente necesarias para conseguir sus fines. No obstante, deberán observar, al adoptar tales restricciones, los parámetros dados por el propio ordenamiento jurídico, el bloque de constitucionalidad y los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos. [...] 51. En un Estado constitucional de derechos y de justicia, el respeto por los derechos humanos constituye un pilar fundamental, por lo tanto, es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad. En tal sentido, si tenemos presente la gran importancia que tiene el derecho a la libertad

personal dentro de los derechos civiles y políticos y su reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario reconocer que cualquier restricción o privación a la libertad deberá fundarse en motivos previamente establecidos en la ley y solo procederá cuando sea absolutamente necesaria. Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el *ius puniendi* y las penas privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia.” (El énfasis nos corresponde). Fijado el marco constitucional y convencional en el cual se debe analizar la prisión preventiva ordenada en contra del recurrente, se procede a revisar sus reclamos. El recurrente reclamó que no se cumplió con el requisito del numeral 3 del artículo 534, al vulnerarse los principios de necesidad y proporcionalidad, pues la prisión preventiva ya no es necesaria si el ciudadano Jorge David Glas Espinel, ya se encuentra privado de libertad. Para analizar el cumplimiento de estos principios, nos remitidos a los parámetros fijados por la Corte IDH, ya revisados en párrafos anteriores, esto es: i) Que la finalidad sea compatible con la Convención: la Corte IDH ha fijado que la prisión preventiva para respetar el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe tener como fin “garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena”; los artículos 77.1 de la CRE, 522 y 534 del COIP, coinciden con este fin. En la orden prisión preventiva impugnada, sobre la finalidad de la medida cautelar impuesta al ciudadano Jorge Glas Espinel y otro, el juez expresó: “[...]¿si ya está privado de la libertad, cuál es la razón para privarle en este proceso?, la respuesta tiene que ver con la obligación de este Juez de garantizar la presencia del procesado a éste en caso concreto, tanto más, que por ejemplo y no se ha acreditado, más allá de que sea de conocimiento público, pero no se ha acreditado y aún si se hubiera acreditado, cuál es el estado procesal del otro, lo que sí es público y notorio, es que los señores están privados de la libertad, pero no existe

una sentencia ejecutoriada en firme en la otra; y hay las siguiente posibilidades, acogimiento de la prisión preventiva, revisión de la acción penal, ratificatoria del estado de inocencia, todas esas posibilidades existen en el otro proceso y entonces surge la pregunta, sí todas esas posibilidades surgen en el otro caso, yo como Juez de este caso concreto garantizo la comparecencia del procesado a este proceso, mismo que tiene la imputación de un delito imprescriptible, con una pena alta, con elementos de convicción que hacen que tenga la obligación de garantizar la comparecencia del procesado al proceso, de manera tal que la alegación, lo digo en derecho, la alegación de decir para qué la prisión preventiva porque ya están presos, carece de sentido [...]”. De la lectura de lo citado se evidencia que los razonamientos sobre la finalidad de la prisión preventiva impuesta al recurrente, se centran en la obligación del juez de garantizar la comparecencia del procesado al juzgamiento y que la razón por la que está privado de libertad en otra causa es independiente al actual proceso, siendo necesaria una medida dictada dentro de la presente causa que permite garantizar tal fin. Por lo que la orden de privación preventiva de libertad es compatible con el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y está dictada con sustento en los artículos 77.1 de la CRE, 522 y 534 del COIP, con lo que se cumple con este parámetro. ii) Que sea idónea para cumplir con el fin perseguido; en relación con el parámetro anterior, la medida debe permitir cumplir con el fin. En este sentido la prisión preventiva al ser la más estricta de las medidas cautelares de carácter personal, restringe la libertad personal del procesado y lo coloca bajo responsabilidad del Estado y sus instituciones siendo su cumplimiento imputable a los mismos, al punto que los funcionarios públicos que faciliten o ayuden con su incumplimiento están sujetos a responsabilidades administrativas y penales. Por lo tanto, la misma al ser estrictamente coercitiva es la más restrictiva de todas las medidas que la ley prevé como idóneas para cumplir con su finalidad, por lo que en el próximo punto se analiza la excepcionalidad, se determina si en la presente causa, existe la posibilidad de plantear otra medidas realmente idónea y menos restrictiva que pueda imponerse al recurrente en virtud de su situación ante el proceso. En la cita de la decisión impugnada ya realizada, el juez a quo se refiere a la idoneidad de la medida cautelar en cuanto a asegurar la comparecencia del procesado al juicio. Este Tribunal considera, en virtud de lo expuesto, que se cumple con el principio de idoneidad. iii) Que sea absolutamente indispensables para conseguir el

fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; el principio de necesidad tiene estrecha relación con la excepcionalidad de la prisión preventiva, pues esta es de última ratio y puede ser aplicada únicamente cuando es estrictamente necesaria ante la imposibilidad o insuficiencia de otras medidas cautelares personales para cumplir con el fin. Es decir, la existencia e idoneidad real de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de prisión preventiva. Para determinar la existencia e idoneidad de una medida cautelar se debe tomar en cuenta la situación individual de la persona procesada, pues no siempre todas las personas sometidas a un proceso judicial enfrentan el mismo en la misma situación. Es de conocimiento público que el señor Jorge David Glas Espinel está actualmente privado de la libertad por una medida cautelar de prisión preventiva dictada en el juicio No. 17721-2017-00222, en la misma se dictó una sentencia condenatoria que está en etapa de impugnación. En virtud del artículo 541 numeral 3 del COIP, el plazo para la caducidad de esa medida cautelar se encuentra suspendido. Es necesario aclarar a los sujetos procesales que el procesado, tanto en la presente causa como en la de referencia, goza del principio de presunción de inocencia pues no existe en su contra sentencia condenatoria ejecutoriada. Por tanto, su situación jurídica no ha sido definitivamente fijada siendo posible cualquiera de las conclusiones que determina la ley. El pronunciarse sobre la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de la medida cautelar dictada en el juicio No. 17721-2017-00222, no es competencia de este Tribunal; la referencia realizada se hace exclusivamente con la finalidad informativa sobre la situación con la que el recurrente enfrenta a la presente causa penal. Que se encuentre privado de su libertad por otra causa independiente no permite asegurar su comparecencia al presente proceso, eventualmente podría cesar tal la medida eliminándose la razón por la que se conmina a su comparecencia al proceso, incumpliendo con la finalidad de la medida cautelar. En conclusión, la medida cautelar de prisión preventiva en otra causa, no vincula ni permite cumplir con la finalidad de la comparecencia al proceso, por lo que es necesario que en la presente causa se imponga una medida cautelar propia idónea para el cumplimiento de su fin. El artículo 522 prevé las modalidades de medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada, que es el fin compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, estos son: 1.

Prohibición de ausentarse del país; 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe; 3. Arresto domiciliario. ; 4. Dispositivo de vigilancia electrónica; 5. Detención y 6. Prisión preventiva. Tomando en cuenta que se encuentra privado de libertad por otra medida cautelar en otra causa, no puede ejercer su derecho de libertad de tránsito; por la misma razón está impedido de movilizarse con facilidad para presentarse ante cualquier autoridad jurisdiccional que disponga el Juez a-quo e implica riesgo a su propia integridad personal y peligro de fuga, por lo que el traslado desde el centro de privación de libertad hasta cualquier institución no resulta idóneo para el cumplimiento del fin de la medida cautelar; tampoco cabe arresto domiciliario, pues por otra orden judicial vigente por otra causa está en un centro de privación de libertad y no en su domicilio, siendo físicamente imposible retenerlo en dos lugares distintos; asimismo, no cabe la imposición del dispositivo de vigilancia electrónica, pues su integridad y seguridad ya están bajo responsabilidad del centro de privación de libertad; la detención resulta imposible tanto física como procesalmente al no darse los supuestos de hecho ni ser el momento procesal que la ley exige para esta medida. En conclusión, las otras medidas personales para el cumplimiento del fin de su comparecencia al proceso resultan insuficientes por ser inaplicable a la situación actual del recurrente. Por lo que se verifica que la prisión preventiva es, ante el escenario actual, la única medida personal idónea para asegurar su comparecencia al proceso al no existir la posibilidad de una menos restrictiva o grave que permita cumplir el mismo fin, con lo que se cumplen con los principios de excepcionalidad y necesidad. Hay que reiterar, que la prisión preventiva está sometida a revisión de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción, lo que debe ser tomado en cuenta tanto por los sujetos procesales en el ejercicio de sus derechos como por los juzgadores como sus garantes. El Juez a quo, al respecto razonó. “[...] Por lo cual, se considera que sí es necesario dictar la prisión preventiva, de acuerdo a que; en primer lugar, son imposibles las otras medidas cautelares, no tiene finalmente sentido, lo que sí podría ser, es el hecho de presentarse periódicamente cuando está privado de libertad o la prohibición de salida del país, sin embargo, claro que podría ser el hecho de que ya existe una medida cautelar en el otro proceso y cabe preguntarse, ¿si ya está privado de la libertad, cuál es la razón para privarle en este proceso?, la respuesta tiene que ver con la obligación

de este Juez de garantizar la presencia del procesado a éste en caso concreto, tanto más, que por ejemplo y no se ha acreditado, más allá de que sea de conocimiento público, pero no se ha acreditado y aún si se hubiera acreditado, cuál es el estado procesal del otro, lo que sí es público y notorio, es que los señores están privados de la libertad, pero no existe una sentencia ejecutoriada en firme en la otra; y hay las siguiente posibilidades, acogimiento de la prisión preventiva, revisión de la acción penal, ratificatoria del estado de inocencia, todas esas posibilidades existen en el otro proceso y entonces surge la pregunta, si todas esas posibilidades surgen en el otro caso, yo como Juez de este caso concreto garantizo la comparecencia del procesado a este proceso [...]”. En consecuencia, la decisión impugnada concuerda con el análisis realizado por este Tribunal, que encuentra que se cumple con los principios de excepcionalidad y necesidad. iv) Que sea estrictamente proporcional: la proporcionalidad se debe considerar no solo desde el tipo que se acusa, sino del daño al bien jurídico protegido que se persigue, y de los indicios de la existencia de la infracción y de la responsabilidad del procesado. En la presente causa se persigue el delito de peculado, cuya grave afectación a la sociedad ha sido constitucionalmente reconocida cuando en su artículo 233 de la CRE los considera imprescriptibles, condición que otorga también a los de lesa humanidad. Asimismo, el perjuicio al Estado que se persigue según lo ha insinuado la Fiscalía es mayor a los cinco millones de dólares, suma considerable que evidencia la gravedad del delito que se acusa y la reparación que se pretende. En relación a los indicios sobre la infracción y la responsabilidad de los procesados, el recurrente no presentó reproche alguno. En este sentido, se pronunció el Juez a quo: “[...] yo como Juez de este caso concreto garantizo la comparecencia del procesado a este proceso, mismo que tiene la imputación de un delito imprescriptible, con una pena alta, con elementos de convicción que hacen que tenga la obligación de garantizar la comparecencia del procesado al proceso, de manera tal que la alegación, lo digo en derecho, la alegación de decir para qué la prisión preventiva porque ya están presos, carece de sentido [...]”. Se verifica, según el análisis realizado por este Tribunal, que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad por la medida de prisión preventiva, no resulta exagerado o desmedido frente a la gravedad del delito, la pretensión de reparación y los indicios aportados al proceso. Por lo que la comparecencia del procesado al juicio a través de la prisión preventiva resulta



proporcional. v) Que tenga una motivación suficiente; por el análisis realizado por este Tribunal como la decisión del Juez a quo, se explica de manera clara y con los fundamentos normativos pertinentes la adopción de la medida cautelar y el cumplimiento de los estándares convencionales de esta restricción preventiva de la libertad. Con lo que se cumple también con el correspondiente ejercicio del control de convencionalidad. La medida de prisión preventiva, por lo tanto, resulta legal, constitucional y convencional, y no es arbitraria al cumplir no solo con los requisitos legales sino con los parámetros internacionales mínimos para su adopción. El recurrente también reclamó que se vulneró el principio de igualdad, pues considera que a todos los procesados debía imponerse la misma medida cautelar. Como ya se analizó anteriormente, las medidas cautelares deben ser impuestas de conformidad con la situación individual de cada uno de los procesados; pues no todos enfrentan al proceso penal en las mismas circunstancias, por lo que la aplicación de la misma medida cautelar a todos por el hecho de estar investigados por el mismo delito, sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada uno sí resulta arbitraria. En este sentido se ha pronunciado la CORTE IDH, cuando estableció: “232. La Corte debe hacer presente que del acervo probatorio del presente caso es imposible dilucidar la manera como se habría violado el artículo 7 de la Convención respecto de cada una de las presuntas víctimas. Para los efectos de tomar una determinación sobre el citado artículo es preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo. Respecto del universo de internos del Instituto sobre quienes tanto la Comisión como las representantes solicitan que se declare violado el artículo 7 de la Convención por haberse aplicado la prisión preventiva de manera desmesurada, la Corte observa que algunos internos ya se encontraban condenados con sentencia firme y otros estaban en prisión preventiva por delitos graves como homicidio y violación. La misma Comisión, cuando analiza el referido artículo 7 en su Informe del artículo 50 de la Convención, indica que del total de internos detenidos en el Instituto, el 93.2% eran posibles sujetos de violación del derecho a la libertad personal, pero no todos. Este Tribunal nota que tampoco las representantes ni el Estado proporcionaron la información necesaria para poder hacer esta determinación. La Corte no puede dejar de expresar su profunda preocupación por la falta de vigilancia o cuidado del Estado respecto de la prisión preventiva de

niños que se advierte de los hechos probados en este caso.” Por lo que no se verifica vulneración al principio de igualdad por el simple hecho de no aplicar la misma medida cautelar a todos los procesados, pues para su adopción se deben tomar en cuenta las particularidades de cada uno de los procesados. De todo lo expuesto, se determina que sí se cumplió con el requisito del artículo 3 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, al determinarse la insuficiencia de las medidas cautelares no privativas de libertad y la necesidad de la prisión preventiva del recurrente para asegurar su comparecencia al proceso, ante la imposibilidad de otra medida idónea para este fin. En consecuencia, el recurso de apelación del procesado resulta improcedente. SEXTO.- Resolución Con fundamento en las normas invocadas, los antecedentes y considerandos antes enunciados, de conformidad con el artículo 654.7.8 del COIP, este Tribunal de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad rechaza el recurso de apelación presentado por el ciudadano Jorge David Glas Espinel y confirma la medida cautelar de prisión preventiva dictada en su contra por el doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional de Garantías Penales, en la audiencia de formulación de cargos llevada a cabo el 13 de marzo de 2019, desde las 12h00. Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente a la autoridad de origen para lo que corresponde en ley. Notifíquese y cúmplase.